

# NACIONALIDADE POTESTATIVA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 54/07

## *FACULTATIVE NATIONALITY AFTER CONSTITUTIONAL AMENDMENT 54/07*

**Renato Gugliano Herani**

Advogado. Docente do Programa de Pós-graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e da Escola Superior de Advocacia.

Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

*E-mail: renato@advgh.com.br*

**RESUMO:** O artigo propõe um estudo dogmático sobre a nacionalidade potestativa. O objetivo é analisar os enunciados normativos prescritivos de tal instituto, motivado pelas alterações promovidas na Constituição vigente em decorrência da Emenda Constitucional n. 54/2007. O espectro de análise parte de uma breve análise dos critérios clássicos de sua aquisição, passa pela análise da natureza jurídica do status jurídico do optante pela nacionalidade brasileira até o exame da estruturação da modalidade potestativa de aquisição da nacionalidade no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

**Palavras-chave:** Nacionalidade; Aquisição; Constituição; Nacionalidade Potestativa.

**ABSTRACT:** The article suggests a dogmatic reflection of potestative nationality. The purpose is to analyse of the rules regarding such institute, motivated by the alterations made in the actual Constitution by the Constitutional Amendment n. 54/2007. The scope of the dogmatic analysis extends, considering a historical-juridical digression of nationality and a brief analysis of the classical criteria of its acquisition, from the analysis of the legal nature of the legal status of those who choose the Brazilian nationality unto the examination of the structure of the potestative mode of acquisition of nationality in the Brazilian juridical-constitutional system.

**Key words:** Nationality; Acquisition; Constitution; Nationality potestative.

## INTRODUÇÃO

O artigo propõe uma análise dogmática do instituto da nacionalidade pelo critério *jus sanguinis* do nascido no estrangeiro de genitores brasileiros, positivado na alínea *c*, do artigo 12, da Constituição Federal de 1988 e identificado, por parte relevante da doutrina constitucional (SILVA, 2005, p. 206; MORAES, 2009, p. 210; BULOS, 2009, p. 654), como *nacionalidade potestativa*. Escapa ao propósito do trabalho, pela brevidade e objetividade do estudo, o juízo crítico sobre a adequação de tal expressão; o fato a relevar é que bem sintetiza o objeto de estudo, e assim facilita a sua referência.

Desde a promulgação da Constituição vigente, o instituto da nacionalidade potestativa sofreu significativas alterações, assim ocorreu com a Emenda Constitucional de Revisão n. 3/94, que alterou a redação original do artigo 12, inciso I, alínea *c*, da CF/88, e mais recentemente com a Emenda Constitucional n. 54/07. Após três anos dessa alteração, a doutrina constitucional carece ainda de uma reflexão sobre os fundamentos constitucionais, em vista de um controle de consistência na tomada de decisões, acerca da nacionalidade potestativa.

O estudo procura desenvolver um estudo dos enunciados normativos sobre tal modalidade de aquisição da nacionalidade brasileira, e assim oferecer um exame da sua estrutura-procedimental, para contribuir com a análise de situações jurídico-sociais que colocam em tensão o *status* constitucional dos nascidos no estrangeiro de pais brasileiros e que podem ser sintetizadas nos seguintes problemas: (a) possibilidade ou não de afirmação constitucional da nacionalidade brasileira aos nascidos de pais brasileiros, no Exterior, antes de vir a residir no Brasil; (b) a ilegitimidade da opção pela nacionalidade brasileira de nascido no Exterior de pais estrangeiros naturalizados brasileiros supervenientemente ao nascimento do filho; (c) negativa da opção pela nacionalidade brasileira aos filhos adotivos de brasileiros natos que venham a residir no Brasil e queiram optar pela nacionalidade; (d) equacionamento da situação no atual regime jurídico-constitucional do pedido de extradição formulado contra pessoa nascida no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira não a serviço do Brasil, residente em território nacional.

A análise dogmática proposta não dispensa uma visão panorâmica e brevemente histórica do tratamento constitucional da nacionalidade

dade brasileira, pois busca-se, antes de tudo, inserir a nacionalidade potestativa no contexto constitucional brasileiro, como apoio para, em seguida, percorrer os critérios clássicos de aquisição da nacionalidade, para então enfrentar os problemas propostos.

## 1 FRAGMENTOS HISTÓRICO-JURÍDICOS DA NACIONALIDADE

A moderna nacionalidade é, enquanto instituto jurídico-político, uma construção da racionalidade a partir da *praxis* social do processo histórico de formação e desenvolvimento da sociedade moderna até a consolidação dos Estados constitucionais. “Estado e nacionalidade constituem dimensões dos processos sociais que se explicam mutuamente” (RUBEN, 1984, p. 24). As raízes da nacionalidade, tal como hoje concebida, remontam às origens do constitucionalismo moderno.

A consolidação da supremacia constitucional especialmente a partir da metade do século XX marcou uma mudança de paradigma de Direito (FERRAJOLI, 2005, p. 13-29). Ganhou foros universais e deu nova feição ao Estado constitucional. De um processo histórico-social, verificado na formação dos ordenamentos jurídicos no Estado constitucional, a estrutura hierarquizada das leis, tendo a Constituição o *status* mais elevado, firmou-se como o principal instrumento de estruturação das condutas. Como sustentação ideológico-jurídica de tal organização estatal, “a doutrina pura do direito, com a sua estrutura em degraus, oferece um convincente modelo estrutural da hierarquização das normas jurídicas, que foi recebido por quase todas as outras teorias do direito” (LOSANO, 2005, p. 1-23).

Nesse contexto de consolidação do Estado constitucional, indissociavelmente o conceito de nacionalidade surgiu. Fruto de uma abstração racional substancializada na prática social exercitada no processo histórico-cultural do ser-humano nas sociedades modernas. Desenvolveu-se a partir do final do século XVIII, mas ainda é um resultado inacabado do processo histórico de caráter universal (RUBEN, 1984, p. 22). É um conceito com inegáveis raízes na Revolução Francesa pós-revolução. Marcou presença no constitucionalismo liberal para a determinação das pessoas como “cidadãos abstratamente iguais, membros de uma república única e indivisível, representada pelo Estado” (RUBEN, 1984, p. 26). No século XIX, foi o momento de consolidação das modernas nacionalidades na Europa influenciada

ora no ideal revolucionário francês, ora no nacionalismo alemão (RUBEN, 1984, p. 30).

Originalmente de um movimento revolucionário de transformação social, a nacionalidade ganhou dimensão universal relevante na compreensão da sociedade moderna, especialmente por conta de sua correlação com a constituição dos direitos dos cidadãos. Ainda entoa importância nos Estados atuais, com presença maciça nas Constituições, e essencial no controle político da população, porque essa se uni e se relaciona pelo *status* comum da nacionalidade e, com o Estado, estabelece um vínculo jurídico-político.

A universalidade da nacionalidade não implica uniformidade. Os processos históricos que conduzem à construção e ao desenvolvimento da nacionalidade são universais, mas não iguais. Diferenciam-se conforme o processo social de cada região: as nacionalidades europeias originam-se dos séculos XVIII e XIX, enquanto que na África a maior parte das nacionalidades modernas se constituiu só no século XX, depois da Segunda Guerra Mundial, e na América Latina no decorrer do século XIX e começo do passado (RUBEN, 1984, p. 23).

Para a América Latina, o século XIX foi o período da libertação do poder colonial e a constituição dos Estados independentes, e algumas características são determinantes na formação da nacionalidade. A primeira identifica a nacionalidade como expressão de formas originais de relações de poder e de dominação (RUBEN, 1984, p. 34). Isso porque seu processo histórico originalmente refletiu a manifestação de relações sociais, sensivelmente diferentes nas diversas regiões latinas, mas comuns na expressão do poder de dominação de uma minoria aristocrática que, em conquista ao poder, legitimou uma população em torno de uma nacionalidade. Assim se vê, em Oliveira Viana (1999, p. 147), na descrição de nossas antigas câmaras municipais, ou comunas populares:

O governo das nossas câmaras, no período colonial, não era democrático no sentido moderno da expressão. O povo que elegia e que era eleito nessa época, o povo que gozava o direito de elegibilidade ativa e passiva, constituía uma classe selecionada, uma nobreza – a nobreza dos ‘homens bons’. Era uma verdadeira aristocracia, onde figuravam exclusivamente os *nobres de linhagem* aqui chegados ou aqui imigrados ou fixados, e os

descendentes deles; os ricos senhores-de-engenho; a alta burocracia civil e militar da Colônia, e os seus descendentes. Esta nobreza era acrescida de elementos vindos de outra classe – a classe dos ‘homens novos’, *burgueses* enriquecidos no *comércio* e que – pela sua conduta, estilo de vida e fortuna e pelos serviços à comunidade local ou à cidade – haviam penetrado os círculos sociais desta nobreza de linhagem ou de cargo.

É nessa unidade social marcada por relações de poder e dominação da aristocracia dos “homens bons” da terra que a estruturação do *status* jurídico do nacional brasileiro encontra significativa influência, já nos primórdios da história constitucional intestina.

A outra característica da nacionalidade na América Latina é a esfera jurídica sempre preocupada em restituir à nacionalidade um traço de tipo natural decorrente da correlação entre território e população. Tanto que, na totalidade das cartas constitucionais dos atuais países da América Latina, define-se a nacionalidade no antigo regime romano do *jus soli*. Posteriormente é que as leis passaram a contemplar o critério *jus sanguinis*. É certo, contudo, que, no Brasil, desde a Constituição imperial, adota-se o critério da filiação (art. 6º, II). Esse pioneirismo parece ser o reflexo de uma característica própria da psicologia do brasileiro “animal político”, descrita por Oliveira Viana (1999, p. 141), de ser fundamentalmente individualista, de tal sorte que a formação social e econômica do nosso povo se processou dentro do mais extremado individualismo familiar, o que fazia com que cada família parecesse uma república. Esse traço cultural influenciou na positivação do critério da filiação, seguindo a tradição dos países europeus.

O influxo histórico-social na evolução constitucional brasileira determinou a consolidação das modalidades da nacionalidade brasileira mais adiante delineadas, depois de especificados os critérios clássicos de aquisição da nacionalidade.

## 2 CLASSIFICAÇÃO E CRITÉRIOS DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

Tradicionalmente a doutrina subdivide a nacionalidade quanto ao tempo em primária (ou originária) e secundária (ou adquirida). A nacionalidade primária, nas palavras de Pontes de Miranda (1970, p. 351),

[...] resulta do fato mesmo do nascimento, ou porque se determine qual a ligação de sangue à massa dos nacionais de um Estado, ou qual a ligação à ocorrência do nascimento no território de um Estado, ou qual a relação tida por suficiente pelo Estado de que se trata para que o nascimento forme o laço da nacionalidade.

Assim, a situação de nascimento, independentemente da vontade, é o fator determinante de ligação da pessoa com o Estado. Porém, a contemporaneidade entre o nascimento e a aquisição não é essencial à nacionalidade originária (MIRANDA, 1970, p. 351).

Já a nacionalidade secundária é a que se adquire depois do nascimento, ou porque, ao nascer, “a pessoa tenha outra, ou outras nacionalidades, e não ainda a de que se trata, ou porque entre a aquisição da nacionalidade (secundária) e a data do nascimento medeie lapso de tempo em que o indivíduo não teve nacionalidade” (MIRANDA, 1970, p. 351). Assim, aparece como elemento determinante da nacionalidade o ato de vontade ou a manifestação volitiva. Daí a distinção de José Afonso da Silva (2005, p. 202): “é *involuntária* a aquisição da nacionalidade primária, e decorre da ligação do *fato natural do nascimento* com um critério estabelecido pelo Estado, enquanto é *voluntária* a aquisição da nacionalidade secundária”. Essa classificação dá existência a duas classes de nacionalidade: a primária, que identifica os natos, e a secundária, a dos naturalizados (FERREIRA FILHO, 2007, p. 112).

Em regra, os critérios clássicos de materialização da nacionalidade, adotados isoladamente ou em conjunto nos Estados, são quatro:

- a) o critério da origem territorial (*jus soli*), pelo qual se confere a nacionalidade às pessoas que nascem nos limites territoriais do Estado que se refere (“ser nascido em”). Tal critério remonta da legislação feudal, que assinalava o lugar de nascimento como fator para a identificação da pessoa como pertencente a

um território e, conseqüentemente, ao senhor desse território (RUBEN, 1984, p. 27);

- b) o critério da origem sanguínea (*ius sanguinis*), pelo qual a nacionalidade é conferida em função da vinculação sanguínea, estabelecendo a regra: são nacionais todos que descenderem de nacionais, por “ser nascido de”. Esse critério surgiu no antigo direito romano, ocasião em que era considerado cidadão romano aquele que nascia de pai com cidadania romana, e assim permitia a transmissão hereditária da cidadania (RUBEN, 1984, p. 27). O atual sistema jurídico brasileiro adota estes dois critérios para a aquisição da nacionalidade primária;
- c) o critério *jus domicilli*, que admite “o domicílio como elemento componente da aquisição da nacionalidade, tanto originária como secundária” (DOLINGER, 1996, p. 140); tal critério é adotado em combinação com o *jus sanguinis* na aquisição originária prevista na 2ª parte, da alínea c, do artigo 12, da CF/88, ao admitir a nacionalidade aos nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira desde que venham a residir no território brasileiro e optem pela nacionalidade brasileira, depois da maioridade. Na aquisição da nacionalidade secundária esse critério também é observado no sistema jurídico brasileiro, conforme inciso II, do artigo 12 da CF/88;
- d) o critério *jus laboris*, que admite “o serviço em prol do Estado como elemento favorecedor e facilitador para a consecução da naturalização” (DOLINGER, 1996, p. 140); esse critério está no artigo 113, inciso III, da Lei n. 6.815/80 (“III – haver prestado ou poder prestar serviços relevantes ao Brasil, a juízo do Ministro da Justiça”).

A nacionalidade potestativa combina o critério *jus domicilli* com o *jus sanguinis*, para ser uma modalidade específica de aquisição da nacionalidade, cujo estudo pormenorizado da estrutura-funcional segue nos próximos itens.

### **3 NACIONALIDADE POTESTATIVA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SITUAÇÃO VIGENTE DO *STATUS* CONSTITUCIONAL DO OPTANTE**

O sistema jurídico-constitucional brasileiro contempla também o modo de aquisição da nacionalidade primária pelo critério do *jus sanguinis*, conjugado com a indispensável manifestação voluntária ulterior do interessado, para só então consolidar a nacionalidade brasileira. É a hipótese prescrita na alínea *c*, do inciso II, da CF/88.

O enquadramento no suporte fático constitucionalmente previsto para a nacionalidade *jus sanguinis* gera o direito de ser brasileiro nato, e assim é facultado ao detentor o poder de o exercer. O “efeito pretendido depende exclusivamente da vontade do interessado” (SILVA, 2002, p. 327), que deve reunir os pressupostos constitucionais de sua validade e eficácia para exercê-lo. Razão porque, por exprimir a faculdade de que a pessoa está investida, chama-se *nacionalidade potestativa* (SILVA, 2002, p. 327).

A alínea *c*, do inciso I, do artigo 12, da CF/88 prescreve duas modalidades de nacionalidade identificadas como potestativa: (*a*) nascidos no exterior de pai brasileiro ou mãe brasileira, registrados em repartição brasileira competente; (*b*) nascidos no exterior de pai brasileiro ou mãe brasileira, que venham a residir no País e optem a qualquer tempo, depois da maioridade, pela nacionalidade brasileira.

A aquisição da nacionalidade brasileira originária pelo exercício da manifestação volitiva com base no critério da filiação (*jus sanguinis*) aos nascidos no exterior sendo filho de pai brasileiro ou mãe brasileira está presente desde os primórdios da nossa história constitucional, vale dizer, desde a Constituição Imperial no artigo 6º. Na fase da República, a Constituição de 1891 praticamente repetiu a redação imperial no artigo 69.

Nesses primeiros textos constitucionais, a nacionalidade originária era adquirida com base no critério *jus sanguinis* combinado com o do *jus domicilli*, pois a filiação não era suficiente, dependia também da manifestação volitiva (tácita) do interessado em fixar domicílio no Brasil. Não havia ainda a dependência à volição manifestada em específico procedimento (opção) para aderir à nacionalidade brasileira, bastava a filiação brasileira e a fixação do domicílio em território nacional.

O procedimento de opção pela nacionalidade brasileira só surgiu com a Constituição de 1934, no artigo 106, alínea *b*: “os filhos de brasileiro, ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os seus pais a serviço público e, fora deste caso, se, ao atingirem a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira”. A Constituição de 1937 não trouxe novidade nesse particular: “Art. 115. São brasileiros: [...] b) os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os pais a serviço do Brasil e, fora deste caso, se, atingida a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira”. Até então não havia termo final para o exercício da opção constitucionalmente determinado. A fixação veio com o Decreto Lei 389/38, que facultou a opção até um ano depois de atingida a capacidade civil.

A Constituição de 1946, em seu artigo 129, inciso II, inovou ao trazer para o texto constitucional o tempo máximo de exercício da opção. Assim, exigia que o filho de brasileiro, ou brasileira, nascido no estrangeiro deveria fixar residência no Brasil e, atingida a maioridade, exercer a opção pela nacionalidade brasileira no prazo de quatro anos. A Constituição de 1967 (artigo 140, I, *c*) e a Emenda 1/69 (artigo 145, I, *c*) recrudesceram as condições de aquisição pelo *jus sanguinis*: o nascido de pai brasileiro ou mãe brasileira não a serviço do Brasil, se não registrado, para adquirir a nacionalidade brasileira teria que residir no território nacional antes de atingir a maioridade e, uma vez residindo, deveria, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira; não obstante, estrearam a hipótese de aquisição da nacionalidade por registro consular para os nascidos no estrangeiro (CF/67, art. 140, I, *c*; EC/69, art. 145, I, *c*).

Ao longo da história constitucional brasileira, a partir de quando foi instituída a opção da nacionalidade brasileira, percebe-se gradativamente a restrição do âmbito fático de sua incidência. Em sua redação original, a Constituição de 1988 inverteu essa tendência. Abrandou as exigências ao admitir residência no Brasil antes da maioridade e acabou com o prazo para a opção (quatro anos). Mas, de certa forma, trouxe maior complexidade no trato da matéria. A ECR n. 3/94 ampliou ainda mais o âmbito fático autorizando o exercício da opção a qualquer tempo sem a exigência de fixação de residência no Brasil antes da maioridade. Mas ainda assim, a opção por ser ato personalíssimo, somente poderia ser exercido a partir da maioridade. Dado importante dessa Emenda é a supressão da aquisição da nacionali-

dade pelo registro consular originariamente prevista na Constituição vigente. Para parte da doutrina, essa mudança corrigiu o “manifesto desequilíbrio entre as duas hipóteses contidas na mesma letra *c* do texto constitucional para efeito de aquisição de nacionalidade brasileira originária” (DOLINGER, 2006, p. 149), uma vez que, enquanto para uma das hipóteses bastava o registro consular competente, para a outra era indispensável a fixação de residência no Brasil, o registro provisório e a submissão ao procedimento judicial de opção.

A EC n. 54/07 retomou a tradição e restringiu o exercício da opção para data posterior à maioridade, ainda podendo ser exercida a qualquer tempo, desde que comprovada também a residência no Brasil. Por outro lado, ressuscitou a aquisição da nacionalidade via registro consular. É uma ressonância da tendência de mutação do perfil demográfico brasileiro: de um país marcadamente de imigração para um país de crescentes índices do fluxo emigratório. Mas, ao mesmo tempo, replantou, ao menos numa perspectiva procedimental, a antiga disparidade formal entre as hipóteses de aquisição da nacionalidade brasileira se nascido no estrangeiro de pais brasileiros não a serviço do Brasil: “não é uma incongruência que se possa fazer o registro de um menor e assim atribuir-lhe a nacionalidade brasileira, mas que não se possa fazer a opção, por meio de assistência ou representação, perante juiz federal, para se obter o mesmo resultado?” (SALIBA, 2008, p. 77-82).

A partir da instituição da opção pela nacionalidade brasileira, comumente desenvolvida perante as autoridades por meio do qual o interessado manifesta expressa e inequivocamente a vontade de ser brasileiro nato (tradicionalmente de jurisdição voluntária), a doutrina e a jurisprudência debatem a conjugação precisa da aquisição definitiva da nacionalidade brasileira com a geração plena dos efeitos jurídicos dela decorrentes. Assim ocorre tendo em mira a indagação: como considerar juridicamente os nascidos no estrangeiro, não registrados e ainda não optantes pela nacionalidade brasileira, de pai brasileiro e/ou mãe brasileira que não estão a serviço do Brasil? É uma indagação de relevância constitucional, porque, dependendo da resposta do sistema jurídico, pode tornar, em alguns casos, os nascidos de pais brasileiros no estrangeiro, ainda não-optantes, carentes de nacionalidade.

O equacionamento dessa questão seguiu no ritmo das mudanças nos sucessivos Textos Constitucionais. É interessante, em breves

linhas, digressionar a respeito, para observar a mutação doutrinária. Mas antes, em uma nota, excluem-se desse debate os nascidos na mesma condição, mas registrados perante a autoridade consular. Isso porque, nesse caso, desde seu surgimento com a Constituição de 1967, sempre se tomou inquestionável a nacionalidade definitiva e plena a partir do registro.

### 3.1 *STATUS* CONSTITUCIONAL DO NASCIDO NO EXTERIOR DE PAIS BRASILEIROS NÃO A SERVIÇO DO BRASIL: A CONDIÇÃO RESOLUTIVA NAS CONSTITUIÇÕES DE 1934 ATÉ 1967 E EMENDA 1/1969

À época das Constituições de 1934 e 1937, a opção já significava ato de conservação da nacionalidade, pois

[...] a nacionalidade brasileira daquelas pessoas não ocorria em razão da opção em si; com esta apenas se tornava definitiva a nacionalidade já existente. Era a falta de opção, no prazo indicado na legislação infraconstitucional, que fazia com que não mais fossem considerados nacionais do Brasil. (GOUVÊA, 1992, p. 252-6).

Ou seja, a condição de não-opção no prazo legal era considerada resolutiva, já que a sua ocorrência redundava na desconstituição da nacionalidade.

Os filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira eram brasileiros natos até um ano após de atingida a maioridade; nessa data, se não tivessem optado, operava-se a resolução de sua condição jurídica de brasileiros natos e passavam eles a ser estrangeiros; a opção tempestiva, por outro lado, confirmava a qualidade de brasileiro nato. (GOUVÊA, 1992, p. 252-6).

A Constituição de 1946 exigia dos nascidos no exterior, não registrados, de pai brasileiro ou mãe brasileira não a serviço do Brasil, para a aquisição da nacionalidade, os seguintes pressupostos: a) “residir no País”, a qualquer momento; b) “atingida a maioridade”, “para conservar a nacionalidade brasileira, optar por ela, dentro em quatro anos”. A doutrina e a jurisprudência caminharam no sentido de considerar plena a nacionalidade brasileira quando conjugados o vínculo

de filiação e a residência em território brasileiro, mas não-definitiva, pois a ela impunha-se uma condição resolutive pela negativa de não-opção em quatro anos, a contar da maioria verificada quando em residência no Brasil.

A expressão “conservar a nacionalidade” fazia toda a diferença na construção da condição resolutive. Deixou claro que a opção deveria ser exercitada não para constituir, mas para preservar o *status* já existente, qual seja a nacionalidade. Só se conserva o que já existe. Logo, desde a sua origem, a opção não é o momento de aquisição da nacionalidade, mas de conservação. Como havia termo final para exercitar a opção, depois de quatro anos sem o exercício, não mais era possível conservar a nacionalidade e, com isso, ocorria a sua desconstituição. Por isso, por dedução lógica, se a opção tinha o condão de resolver o *status* até então juridicamente existente, a opção tinha eficácia resolutive.

A Constituição de 67/69 alterou parte mínima dos pressupostos constitucionais da nacionalidade potestativa. Os nascidos no exterior deveriam “residir no Brasil antes da maioria”, e mantida a conjugação com exercício da opção em quatro anos, a contar da maioria. Mas retirou a expressão “conservar a nacionalidade”, o que, nem por isso, desassociou a opção do ato de conservação da nacionalidade. A mesma linha de pensamento, até então expressamente extraída da literalidade normativa, ganhou corpo na doutrina e jurisprudência. Firmou-se também o entendimento pela nacionalidade adquirida (enquanto não exercida a opção e residente em território nacional), mas, uma vez atingida a maioria, pendente de condição resolutive, que se realizaria, e aí não se conservaria a nacionalidade, com o não-exercício da opção no quadriênio. Por isso,

[...] era a não-residência no Território Nacional e a falta de opção tempestiva que faziam com que não mais fossem considerados nacionais do Brasil. A omissão do interessado desconstituía o vínculo de nacionalidade. A ausência de opção produzia o efeito de condição resolutive da nacionalidade brasileira. (GUIMARÃES, 2002, p. 37).

Segundo o relato de Francisco Xavier da Silva Guimarães (2002, p. 37),

[no] período condicional, que ia do nascimento até o prazo fixado após a maioria, facultava-se

aos interessados obter identificação de brasileiro, fazendo-se constar do termo e respectivas certidões que os mesmos só valerão como prova da nacionalidade até quatro anos após a aquisição da capacidade civil.

Contudo, a Constituição vigente, em redação original, inverteu a perspectiva doutrinária no trato da opção: de condição resolutive, passou a ser suspensiva, repercutindo no *status* constitucional do nascido no exterior de pais brasileiros não a serviço do Brasil.

### 3.2 STATUS CONSTITUCIONAL DO NASCIDO NO EXTERIOR DE PAIS BRASILEIROS NÃO A SERVIÇO DO BRASIL: A CONDIÇÃO SUSPENSIVA

Com a Constituição vigente, a opção não perdeu sua condição de ato de conservação da nacionalidade, mas agregou também o sentido de consolidação. A nacionalidade não pende mais de condição resolutive, mas de condição suspensiva.

Isso porque subtraiu dos antecedentes a exigência de opção no prazo de quatro anos a contar da maioridade. Caiu o termo final para o exercício da opção. A ECR n. 3/94 seguiu o fim do termo final do exercício da opção e alterou o pressuposto da residência no Brasil, também sem limite de tempo. Com a capacidade civil plena, pode haver a manifestação do desejo de ser brasileiro nato: condição para a consolidação da nacionalidade.

O ponto central é que, em ambos os regimes, antes e depois da ECR n. 3/94, não mais havia limite temporal final para a opção. Isso faz toda a diferença, pois, de um ato de confirmação, a opção passou a ser um ato de consolidação da nacionalidade. Com isso, sentido algum faz atrelar à condição resolutive, se poderia ser exercitada em momento incerto e futuro dependente apenas da faculdade do optante. Não sujeita, pois, à eficácia resolutive decorrente de evento temporal – dia em que completasse quatro anos a contar da maioridade sem exercício da opção – que, uma vez ocorrido, impediria a conservação da nacionalidade.

No entanto, a opção revestiu-se de outra condição, a suspensiva. Para consolidar a nacionalidade, dependia de seu exercício (como evento futuro e incerto), qualificado como “potestativo admitido”, já que “a verificação ou não-verificação do evento é deixada à vontade

de uma das partes em circunstâncias tais que permitam pressupor venha sua deliberação futura a ser determinada por motivos sérios dentro da ordem normal das coisas e não por mero arbítrio” (RÁO, 1999, p. 278), como deve ser na expressão do sentimento nacional.

Sem o limite temporal, enquanto ato de consolidação da nacionalidade, a opção adquiriu eficácia suspensiva como corolário lógico. Aos nascidos no exterior, não registrados, de pais brasileiros não a serviço do Brasil, impõe-se, a partir da maioridade, a condição de exercer, a qualquer tempo, a opção pela nacionalidade para a consolidação. Ou seja, até atingir a maioridade, o Estado brasileiro os reconhece nacionais e, como tais, devem ser tratados irrestritamente. Mas, a partir da maioridade – embora ainda nacionais – o Estado brasileiro coloca tal *status* em suspensão, até que optem definitivamente pela nacionalidade brasileira. Por isso que “alcançada a maioridade, referidas pessoas passam a ser brasileiras sob condição suspensiva; depois da maioridade e até que optem pela nacionalidade brasileira sua situação de brasileiros natos ficará suspensa” (GOUVÊA, 1992, 252-6), não se consolida.

Até que ocorra a opção, “o Brasil os reconhece como seus nacionais, mas a manifestação volitiva do Estado torna-se inoperante até a realização do acontecimento previsto, ou seja, a opção” (GOUVÊA, 1992, 252-6). Na vigência da condição suspensiva, há que os reconhecer nacionais brasileiros. Contudo, só podem invocar tal atributo até que realizada a condição afirmativa, vale dizer, a opção. Com efeito,

[...] até a maioridade será brasileiro sem restrição alguma. Entretanto, porque a norma constitucional não mais impõe prazo para a opção, permitindo que esta se faça ‘a qualquer tempo’, alcançada a maioridade, referida pessoa passa a ser brasileira, sob condição suspensiva. Assim, depois da maioridade e até que faça a opção pela nacionalidade brasileira, sua situação de brasileiro nato ficará suspensa. (GUIMARÃES, 2002, p. 37).

Uma vez exercida a opção, afastada, pois, a condição suspensiva, o efeito dela decorrente é *ex tunc*, ou seja, reconhece-se brasileiro nato desde o nascimento e não a partir da decisão de homologação da opção: “Sob a Constituição de 1988, que passou a admitir a opção ‘em qualquer tempo’ – antes e depois da ECR 3/94, que suprimiu também a exigência de que a residência no País fosse fixada antes da maioridade,

altera-se o *status* do indivíduo entre a maioria e a opção: essa, a opção – liberada do termo final ao qual anteriormente subordinada –, deixa de ter a eficácia resolutiva que, antes, se lhe emprestava, para ganhar – desde que a maioria a faça possível – a eficácia de condição suspensiva da nacionalidade brasileira, sem prejuízo – como é próprio das condições suspensivas –, de gerar efeitos *ex tunc*, uma vez realizada” (STF, Tribunal Pleno, AC-QO n. 70, DJ 12.3.2004).

O critério interpretativo histórico parece ser, pois, o mais favorável para se chegar ao núcleo semântico do instituto da opção, uma vez que guarda consonância com a ideologia constitucionalmente seguida ao longo da sucessão dos textos constitucionais, especialmente a Constituição de 34 que a trouxe primeiramente não como pressuposto de constituição da nacionalidade, mas de conservação. Pressuposto esse que, num primeiro momento, se não observado levava à resolução e, num segundo, de não-consolidação do *status* de nacional.

Por tal razão, parece preservar a harmonia histórico-constitucional brasileira o entendimento a favor de que a EC n. 54/07 não alterou a opção, pois ainda, pela redação dada ao artigo 12, inciso I, alínea c, exige-se a volição pela nacionalidade a qualquer tempo, uma vez atingida a maioria e fixada a residência no País. Mas deu nova redação a esse dispositivo, para restabelecer o registrado em repartição consular competente. Essa modalidade já constava da redação original do artigo 12 da CF/88 antes de ser suprimida pela ECR n. 3/94. Com a EC n. 54/07, retorna ao sistema jurídico brasileiro o critério do *jus sanguinis* encoberto por uma extensão de extraterritorialidade com o registro em repartição brasileira no exterior (consulado) (SILVA, 2006, p. 328).

### 3.3 INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 95 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

A EC n. 54/07 suscita outro problema. Para possibilitar aos nascidos no exterior, no período de vigência da ECR n. 3/94 e que não puderam adquirir a nacionalidade brasileira, apesar de provir de pai brasileiro ou mãe brasileira não a serviço do Brasil, que regularizassem pela via do registro consular a nacionalidade com a reintrodução dessa via, a EC n. 54/07 trouxe, nos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 95:

Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta 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.

Os que não puderam valer-se do critério *jus sanguinis* pela via do registro consular, agora, com esse enunciado, e mesmo sem ele, o que a nosso ver teria sido até melhor, podem valer-se da incidência do artigo 12, inciso I, alínea c, com a nova redação, e assim do registro em repartição consular para o reconhecimento da condição de brasileiro nato. Porém, a última parte do referido artigo dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias prescreve uma alternativa aos nascidos naquele período: “[...] poderão ser registrados [...] em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil”. Eis o problema.

Com os nascidos no estrangeiro entre 07/06/1994 e a promulgação da EC n 54/07, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, duas hipóteses podem ter ocorrido, com o não registro no consulado brasileiro para fins de nacionalidade definitiva: (a) permanecem estrangeiros, seja porque nunca vieram a residir no Brasil, seja porque, apesar de residentes no Brasil, jamais exerceram a opção pela nacionalidade nos termos da redação do artigo 12, inciso I, alínea c, 2ª parte, mesmo na vigência da ECR n. 3/94; (b) são brasileiros natos, pois exerceram a opção por nossa nacionalidade nos termos desse artigo.

A EC n. 54/07, no artigo 95 da ADCT, confere a faculdade aos que se encontram ainda em situação de estrangeiro de tornarem-se brasileiros, se não pela via consular, pelo ofício de registro, desde que venham a residir no Brasil. Ora, nada fala sobre a opção. Não há prescrição relativa ao exercício da opção, tal como exigido pelo artigo 12, inciso I, alínea c, cuja redação é dada pela própria Emenda. Ou seja, se interpretar a expressão “em ofício de registro, se vierem a residir no Brasil”, tomando-a isoladamente e em sua literalidade (como alternativa que prescinde do procedimento de jurisdição voluntária para o exercício da opção, bastando que, uma vez residindo no Brasil, se promova o registro do assento de nascimento lavrado no exterior perante o Registro Civil das Pessoas Naturais), então há que reconhecer a criação de um mecanismo diferenciado de aquisição da nacionalidade para um grupo determinável de pessoas.

Essa interpretação conduz a uma flagrante inconstitucionalidade, pois fere o princípio da igualdade (art. 5º *caput* da CF/88). Isso porque cria uma distinção sem justificativa constitucional, à medida que trata desigualmente pessoas em mesma situação jurídica. Os que nasceram no período da ECR n. 3/94, para adquirir a nacionalidade brasileira, vieram a residir no Brasil e, aqui, exerceram a opção, como também todos os que nascerem na vigência da EC n. 54/07 deverão, se não pela via do registro consular, proceder da mesma forma. Não poderia, sem incorrer em violação à igualdade, facultar aos que nasceram na vigência da Emenda de Revisão e não adquiriram a nacionalidade brasileira, agora, a partir de 2007, adquirir de forma privilegiada.

No entanto, valendo-se da técnica da interpretação conforme a Constituição, é possível alcançar o sentido da referida parte do artigo 95 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias que a coloca em conformidade com os preceitos constitucionais. A expressão “em ofício de registro, se vierem a residir no Brasil” deve ser interpretada sistemicamente para se chegar ao entendimento de que essa expressão apenas indica uma via alternativa de regularizar a nacionalidade brasileira que deve ser utilizada nos termos da 2ª parte do artigo 12, inciso I, aliena *c*, da CF/88. Assim, chega-se à seguinte norma: *se* nascidos no estrangeiro entre 7/6/1994 e a promulgação da EC n. 54/07, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, *então* devem ser registrados alternativamente em ofício de registro quando vierem a residir no Brasil e, a qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, optem pela nacionalidade brasileira.

Em resumo, o *status* constitucional do nascido no exterior de pai brasileiro ou mãe brasileira não a serviço do Brasil deve ser assim delineado: (a) com registro consular – é brasileiro pleno e incondicional; (b) menor, sem registro consular e residente no Brasil – é brasileiro sem restrição até a maioridade; (c) maior, sem registro consular e residente no Brasil – brasileiro com condição suspensiva enquanto não exercer a opção.

Para as modalidades de nacionalidade potestativa, com e sem registro consular, impõem-se pressupostos constitucionais, que se subdividem em comuns e os específicos (próprios de cada modalidade). Comuns: (a) optante nascido no exterior; (b) descendente direto de brasileiro nato, e não de estrangeiro cuja naturalização tenha sido concedida ulteriormente, pois, neste caso, os efeitos não retroagem.

Específicos. Na primeira modalidade: (a) registro do optante em repartição brasileira competente (consulado). Na segunda: (a) gozo de capacidade plena do optante no ato personalíssimo de opção; (b) manifestação expressa e inequívoca do optante em adquirir a nacionalidade brasileira (confirmação); (c) fixação de residência no Brasil, que deve ser comprovada no momento da opção.

#### 4 SOBRE O FILHO ADOTIVO

As hipóteses de nacionalidade contempladas no enunciado da alínea c, do inciso I, do artigo 12, da CF/88 expressam o direito fundamental à nacionalidade brasileira conferido aos nascidos no estrangeiro de pais brasileiros ou mães brasileiras, se registrados na repartição competente ou se, vindo a residir no País, exercerem a opção da nacionalidade depois da maioridade. Essa norma fundamental revela um dever (obrigação) do Estado brasileiro de reconhecer a nacionalidade e, ao mesmo tempo, uma faculdade (permissão) conferida ao interessado de aquisição da nacionalidade brasileira.

A hipótese da norma descreve os “nascidos [...] de pai brasileiro e mãe brasileira”. A análise literal do enunciado linguístico conduz, num primeiro impulso, à admissão da nacionalidade apenas aos filhos biológicos, pois são eles os únicos “nascidos” de pai brasileiro e mãe brasileira; com isso, exclui, *prima facie*, os filhos adotivos biologicamente nascidos de pais estrangeiros.

Dúvida não há quanto ao direito à aquisição da nacionalidade brasileira aos nascidos no estrangeiro de pais biológicos brasileiros e que sejam adotados por brasileiros. Nesse caso, os filhos adotivos são nascidos de pais biológicos brasileiros, assim, se não pela descendência jurídica decorrente da adoção por pais brasileiros, serão brasileiros, pois biologicamente descendem de brasileiros.

O problema está no exercício de tal direito por aqueles nascidos de pais estrangeiros e que, ulteriormente, sejam adotados por pais brasileiros. Nesse caso, a construção semântica da alínea c, do inciso I, do artigo 12, da CF/88 não pode ser de restrição à literalidade do enunciado, sob pena de incorrer em incompatibilidades constitucionais insuportáveis. É necessário empreender uma leitura sistêmica, e assim confrontar o artigo 12 com o artigo 227, § 6º, da CF/88.

Esse último dispositivo prescreve que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e

qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. O artigo em comento nada mais faz do que especificar a igualdade e a vedação à discriminação já consagrados no artigo 5º, *caput*, da CF/88, de sorte que encerra uma norma de direito fundamental que impõe a equidade em direitos, deveres e qualificações, inclusive sucessórios, proibida qualquer designação discriminatória relativa à filiação aos filhos adotados em relação aos filhos biológicos. O legislador constituinte equipara, pois, sem prever cláusula restritiva. Logo, não se pode restringir a equiparação se a Constituição a expressa sem ressalvas.

Com efeito, não se concebe o argumento, lançado em alguns julgados, de que a equiparação constitucional em direitos entre filhos, havidos ou não da relação do casamento, e por adoção, serve a fins unicamente civis, razão porque ao filho adotivo não se aplica o artigo 12, I, c, da CF/88 (TRF, 2ª Região, 6ª Turma Especializada, AC n. 200651020040465/RJ, DJU 7.3.2008). Há julgado que inclusive invoca o artigo 336, do antigo Código Civil, para, à época de sua vigência, justificar a restrição do campo de equiparação constitucional (TRF, 3ª Região, 3ª Turma, AC n. 2000.61.00.15230-5/SP, DJ 11.9.2002).

É um corolário lógico do postulado da supremacia constitucional, ser as normas constitucionais, defronte a outras, a superior em qualquer ocasião, razão porque “não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis” (BASTOS, 2002, p. 172). Seria uma inversão inaceitável, o que se cumpre ser feito, continua o jurista, “é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição” (BASTOS, 2002, p. 172). Ainda a interpretação pelo método sistêmico deve respeitar essa ordem. Logo, mesmo por ocasião de sua vigência, o referido artigo do Código Civil não poderia emprestar à estrutura da norma constitucional restrição ao âmbito de equiparação entre os filhos biológicos e adotivos para incluir no suporte fático os fins unicamente civis deixando de fora, por exemplo, os fins políticos, se essa não foi a decisão do legislador constituinte. Por último, o argumento restritivo cai por terra, a partir da vigência do novo Código Civil, pois, em relação a esse novo diploma legal, o artigo 336 revogado não encontra correspondente.

Por isso, não parece atender à melhor interpretação do artigo 12, I, c, da CF/88, a negativa da opção pela nacionalidade brasileira aos filhos adotivos de brasileiros natos que venham a residir no Brasil e queiram optar, depois da maioridade, pela nacionalidade brasileira.

Ressalte-se que, para tanto, é necessário que o procedimento de adoção seja homologado pelo STJ (art. 105, I, alínea *i*, da CF/88, com a nova redação dada pela EC 45/04); somente assim a relação de filiação produz plena eficácia no sistema brasileiro.

## **5 CASO DE ILEGITIMIDADE PARA A OPÇÃO: PAIS NATURALIZADOS BRASILEIROS POSTERIORMENTE AO NASCIMENTO DO FILHO NO EXTERIOR**

A Constituição Federal não faz distinção, para fins de opção pela nacionalidade brasileira, se é nascido de brasileiro naturalizado ou nato. Exige apenas que seja nascido de pais cuja nacionalidade seja brasileira no ato do nascimento. Assim, nada impede que o optante seja filho de pai ou mãe cuja naturalização brasileira tenha sido concedida antes do nascimento (MIRANDA, 1970, p. 101; CARVALHO, 1956, p. 72; MARINHO, 1957, p. 250).

Mas, o filho nascido no exterior de pais estrangeiros cuja naturalização brasileira tenha ocorrido posteriormente ao nascimento não tem legitimidade constitucional para exercer a opção nos termos do artigo 12, inciso I, alínea *c*, da CF/88, seja pelo registro consular, seja pelo procedimento de opção, porquanto não é hipótese contemplada no texto constitucional. Ademais, o efeito da naturalização é *ex nunc*, porquanto o ato administrativo de concessão é de natureza constitutiva (TFR, 4ª Turma, REO n. 45694 - SP, DJ 16.10.80; STF, Tribunal pleno, RE n. 93.534/SP, DJ 7.10.1983; STF, Tribunal pleno, RE n. 93.534/SP, DJ 7.10.1983; TFR, 3ª Turma, AC n. 80908/SP, DJ 4.10.1984).

## **6 PROCEDIMENTO DA AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE POTESTATIVA: EXERCÍCIO DA OPÇÃO**

O pedido de opção de nacionalidade potestativa com base no artigo 12, inciso I, alínea *c*, 2ª parte, da CF/88, tramita por procedimento de jurisdição voluntária perante a Justiça Federal (artigo 109, inciso X, da CF/88).

Contudo, se o pedido judicial não for para a opção da nacionalidade, mas apenas se restringir à correção de grafia ou acréscimo de alcunha em registro já transcrito, não configura exercício de opção de nacionalidade, razão porque a competência passa a ser da Justiça

Estadual (STJ, 2ª Seção, CC n. 18.251/SP, DJ 16.3.1998; STF, 2ª Seção, CC n. 58743/MG, DJ 21.8.2006; STJ, 2ª Seção, CC n. 18.251/SP, DJ 16.3.1998; TRF, 1ª Região, AC n. 1999934000342858/DF, DJ 10.8.2001; TRF, 4ª Região, 2ª Seção, CC n. 200604000171374/PR, DJ 26.7.2006).

Não há procedimento específico para o exercício da opção, basta a formulação de pedido pela nacionalidade brasileira por meio de petição veiculando a vontade expressa, acompanhada de comprovação da nacionalidade brasileira de um dos pais, da maioria do optante e de residência no País. Inclusive é possível cumular com pedido de antecipação de tutela para efeito de expedição de passaporte provisório, se presentes os requisitos autorizadores (TRF, 2ª Região, 4ª Turma, REO 200251010191039/RJ, DJU 22.4.2003).

Assim, a petição inicial apresenta a seguinte estrutura: a) endereçamento ao Juízo Federal competente na seção judiciária onde reside o optante; b) qualificação completa do optante, informando inclusive a filiação; c) fundamentação fática hábil para demonstrar o enquadramento na hipótese do artigo 12, inciso I, alínea c, 2ª parte da CF/88, e a manifestação expressa pela nacionalidade brasileira; d) pedido de reconhecimento e homologação da opção. A petição inicial deve se fazer acompanhar de todos os documentos comprobatórios, como, por exemplo, termo de nascimento lavrado no estrangeiro, documentos pessoais dos pais, registros hospitalares, comprovantes de residência no Brasil, carteira de trabalho, etc.

O procedimento finda com a sentença que homologa a opção e determina ao oficial do cartório de registro civil de pessoas naturais a procedência dos registros de nascimento do requerente. A sentença homologatória autoriza o registro da nacionalidade como originária ou primária. O optante adquire a condição definitiva de brasileiro nato, certo que as “sentenças proferidas em processos relativos à opção de nacionalidade não mais se sujeitam à remessa oficial, a teor do art. 7º da Lei n. 8.197/91, que revogou expressamente a Lei n. 6.825/80, cujo art. 1º, §3º, previa a hipótese do ‘duplo grau de jurisdição’ nesse caso” (TRF, 1ª Região, 5ª Turma, REO n. 200434000454103/DF, e-DJF 25.4.2008).

A sentença tem natureza declaratória, pois apenas declara a confirmação da opção pela nacionalidade brasileira, não a constitui. Assim, a não-manifestação da opção representa condição suspensiva da nacionalidade, que pode subsistir ao tempo de inércia do optante.

A sentença homologatória gera efeito *ex tunc*, vale dizer, desde o nascimento do requerente. Não há prazo de decadência para o exercício da opção, porquanto o texto constitucional admite o exercício “em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade”.

O exercício da opção pressupõe, em regra, ato personalíssimo, a ser exercido diretamente pelo interessado, porque envolve a manifestação volitiva, que é ato pessoal, de escolha da nacionalidade brasileira. As implicações dela decorrentes é a razão porque deve ser praticada a opção por quem já goza da capacidade civil plena. “O direito de opção pela nacionalidade é personalíssimo, razão pela qual não pode e não deve ser exercido por interposta pessoa” (TRF, 3ª Região, 2ª Seção, AC 199961000194277, DJU 26.3.2003). No sentido de ser o ato de escolha personalíssimo, é amplamente reconhecido na *praxis* jurisprudencial intestina: TRF, 4ª Região, 4ª Turma, AC 200570020030575/PR, DE. 11.6.2007; TRF, 4ª Região, 4ª Turma, AC 200470020009776/PR, DJ 5.4.2006.

Contudo, não se exclui a legitimidade do exercício da opção de quem, a despeito da maioridade civil, seja absolutamente incapaz. Uma interpretação diversa, em que reduzisse o âmbito de proteção da norma fundamental, imporá a esses brasileiros a privação do direito fundamental da nacionalidade, o que os imporá uma inconstitucionalidade por violação ao artigo 1º, inciso III, combinado com o artigo 5º, *caput*, I e §2º, da CF/88. Assim, nesses casos, o exercício da opção não pode ser obstado se realizado com a devida representação ou assistência. “O fato de a requerente não possuir capacidade civil plena para realizar a opção, por ser portadora de doença mental, não pode ser óbice ao reconhecimento de sua nacionalidade. Preenchidos os requisitos legais pela optante impõe-se o acolhimento do pedido. Apelação e remessa oficial, tida como feita na espécie, improvidas” (TRF, 4ª Região, 3ª Turma, AC 200470020026257/PR, DJ 28.9.2005). No entanto, caso a incapacidade civil seja transitória (art. 3º, III, Código Civil) é de bom alvitre que se guarde a recuperação do incapacitado para fim de opção.

## 6.1 PEDIDO JUDICIAL DE TRANSCRIÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO: EXERCÍCIO PROVISÓRIO DA OPÇÃO

O pedido de registro provisório para o caso de nascidos de pais brasileiros não registrados no exterior não consubstancia o exercício de opção definitiva da nacionalidade, mas mera transcrição do termo de nascimento. Esse pedido se limita a fazer constar do registro do 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal em falta de domicílio conhecido, o termo de nascimento do requerente, ocorrido em país estrangeiro com o propósito de produzir documento hábil para gerar efeitos no Brasil.

No regime constitucional anterior, o pedido de registro se justificava como prova de nacionalidade até opção posterior, e assim ato preparatório da opção definitiva de nacionalidade. Justificava-se porquanto havia limitação de tempo para a opção definitiva. Hoje, inexistindo tal limite, o pedido de transcrição do termo de nascimento perdeu efeito prático. Atualmente, serve apenas como prova, quando muito, de residência no Brasil ou até mesmo da nacionalidade condicionada para fins de facilitar a prática dos atos civis, mas não como requisito para aquisição da nacionalidade, uma vez que a Constituição exige o registro em consulado ou residência no país a qualquer tempo e opção pela nacionalidade também a qualquer tempo depois de atingida a maioridade. Assim, para tal fim, esse procedimento se justifica apenas aos brasileiros impossibilitados de exercer a opção por ainda não serem maiores. Aos que podem, é despicienda a medida, porque a opção pode ser exercida a qualquer tempo (STJ, 2ª Seção, CC n. 18.074, DJ 17.11.1997).

De qualquer forma, o pedido judicial para determinar a transcrição, no livro de Registro Civil, do termo de nascimento de menor nascido no estrangeiro, de pais brasileiros que não estavam a serviço do Brasil, formulado com base no artigo 32, da Lei n. 6.015/73, constitui ato preparatório da opção, daí ser conhecido como opção provisória de nacionalidade, a ser ratificada depois de alcançada a maioridade. O deferimento da transcrição do registro passa pela verificação dos pressupostos constitucionais da nacionalidade previstas no artigo 12, inciso I, alínea c, 2ª parte, da CF/88. Isso porque, por força do artigo 32, §3º, da Lei n. 6.015/73, a transcrição do registro de nascimento no exterior tem força de prova da nacionalidade brasileira. Essa disposição

normativa não guarda qualquer incompatibilidade com a Constituição de 1988, razão porque foi recepcionada como norma válida.

Com isso, se a transcrição produz prova de nacionalidade, tal prova somente pode ser auspiciada pelo Estado brasileiro, se presentes as condições constitucionais autorizadoras da nacionalidade. Por tal motivo, o feito de transcrição, por produzir prova da nacionalidade, torna-se questão pertinente à nacionalidade. Com isso, os efeitos do pedido de transcrição do termo de registro lavrado no exterior transcendem ao mero efeito de publicidade em território nacional do nascimento. Se não presentes os pressupostos constitucionais da nacionalidade, a transcrição não pode ser deferida. Por isso, o pedido deve ser deduzido perante a Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso X, da CF/88 (STJ, 3ª. Turma, REsp n. 235.492/DF, DJ 16.2.2004; STJ – 2ª. Seção, CC n. 18.074, DJ 17.11.1997; STJ, 2ª Seção, CC n. 1.039/RS, DJ 11.10.1993; STJ, 1ª Seção, CC n. 2.183 – SP, DJ 20.4.1992).

O pedido de registro provisório deve ser requerido com fulcro no artigo 32, §1º e §2º, da Lei n. 6.015/1973, e parágrafos do artigo 4º, da Lei n. 818, com a redação dada pela Lei n. 5.145, de 20.10.66. O pedido deve ser instruído com a prova da nacionalidade brasileira de um dos genitores na data do nascimento do requerente e de seu domicílio no Brasil.

## **7 NACIONALIDADE POTESTATIVA E EXTRADIÇÃO**

A última questão referente ao *status* constitucional do nascido no estrangeiro nas condições aqui tratadas envolve o problema da extradição. Toma-se o pedido de extradição formulado contra pessoa nascida no exterior de pai brasileiro ou mãe brasileira não a serviço do Brasil, residente em território nacional. Como equacionar essa situação no atual regime jurídico-constitucional?

Nesse caso, a solução da questão depende das circunstâncias em que se encontra a pessoa quando do ajuizamento da extradição: a) registrada em consulado brasileiro; b) não registrada no consulado brasileiro, mas menor de idade; c) não registrada no consulado brasileiro, maior de idade e já exercida a opção pela nacionalidade brasileira, com decisão transitada em julgado; nesse caso, a opção pode ter sido homologada ou não; d) não registrada no consulado brasileiro, maior de idade, com o procedimento de opção pendente de decisão; e) não

registrada no consulado brasileiro, maior de idade, com o procedimento de opção não ajuizado; nesse último caso, duas situações podem ocorrer durante o procedimento de extradição: ajuizamento da opção ou não ajuizamento. Analisar-se-á cada uma dessas situações, sem se preocupar em considerar outras circunstâncias do processo de extradição, mas apenas focando o problema da nacionalidade.

A situação (a) é de fácil solução. Nascido no exterior de pais brasileiros não a serviço do Brasil quando registrado perante a autoridade consular é brasileiro nato de forma plena e irrestrita. Logo, é vedada a concessão da extradição a essa pessoa de modo absoluto.

Para a situação (b), aplica-se a mesma solução. É vedada a extradição de nascido no exterior, ainda que não registrado, que venha a residir no Brasil e ainda não atingiu a maioridade para o exercício da opção pela nacionalidade brasileira. Nesse caso, o Estado brasileiro o reconhece como brasileiro nato, e assim o trata, de forma plena e irrestrita, pois ainda não pende, por força da menoridade, a condição suspensiva da nacionalidade.

A situação (c) deve-se conduzir assim: se já exercida a opção pela nacionalidade brasileira com decisão de homologação transitada em julgado, opera-se a confirmação da condição de brasileiro nato. Em assim sendo, quando do ajuizamento da extradição, o extraditando seria brasileiro para todos os fins, razão porque, nesse caso, deve ser extinto o feito de extradição. No entanto, nesse particular, outro seria o desfecho, vale dizer, há que prosseguir tal feito, se a decisão do pedido de opção fosse pelo não reconhecimento da nacionalidade brasileira originária, pois, nesse caso, o extraditando não seria brasileiro.

Na situação (d), em que, quando do ajuizamento do procedimento de extradição, ainda pendesse de julgamento o procedimento voluntário de opção pela nacionalidade brasileira, prudente seria, evocando o poder geral de cautela, a suspensão do procedimento extradição. Isso porque a decisão homologatória da opção não é constitutiva, logo gera efeito *ex tunc*, ou seja, o reconhecimento retroage à data de nascimento da pessoa. Com isso, se houver a homologação da opção depois de findo o processo de extradição, poderia haver a entrega à Justiça de outra potência soberana de brasileiro nato, o que ofende a Constituição Federal.

Na situação (e), ou seja, depois de ajuizado o pedido de extradição, se o extraditando não promover, durante esse processo, o pedido de opção pela nacionalidade brasileira perante a Justiça Federal, o pro-

cedimento de extradição deve ter seguimento, ainda que reunidos os outros pressupostos constitucionais para a nacionalidade brasileira. É que, enquanto não exercida a opção, torna-se inoperante o reconhecimento da nacionalidade brasileira pelo Estado brasileiro. A opção constitui ato potestativo do interessado, necessário para a consolidação da condição de brasileiro nato. Agora, se durante o procedimento de extradição, for ajuizado o procedimento voluntário de opção pela nacionalidade brasileira, então, por medida de prudência e cautela, deve haver a suspensão do feito de extradição até final decisão da opção. Nesse caso, o exercício da opção seria uma relevante matéria de defesa do extraditando que não pode ser ignorada por estar em questão matéria de relevância constitucional – a vedação da extradição de brasileiros natos.

A paralisação do procedimento de extradição por pendência de julgamento do procedimento voluntário de opção pela nacionalidade brasileira pode ser provocada pelo extraditando, nos próprios autos da extradição, com a invocação do artigo 275, §7º, do CPC. Ou ainda, por meio do ajuizamento de medida cautelar incidental, nos termos do artigo 801, do CPC. Ressalte-se que a paralisação cautelar do procedimento de extradição pode ser providencial para obstar, por exemplo, a ordem de prisão preventiva (STF, Tribunal Pleno, Ext-QO n. 880, DJ 16.4.2004; STF, Tribunal Pleno, Ext-QO n. 778, DJ 20.4.2001).

## CONCLUSÃO

A nacionalidade tornou-se um instituto jurídico universal no processo histórico de formação do moderno Estado constitucional. Na América Latina, algumas características primordiais são determinantes na formação da nacionalidade jurídica: expressão de formas originais de relações de poder e de dominação; vinculação do tipo natural à correlação entre território e população. O influxo histórico-social na evolução constitucional brasileira determinou a consolidação das modalidades da nacionalidade brasileira.

A nacionalidade potestativa é uma modalidade de aquisição da nacionalidade brasileira que conjuga o critério *jus sanguinis* com o critério *jus domicilli*, além do ato volitivo consubstanciado no exercício da opção.

O *status* constitucional do nascido no exterior de pai brasileiro ou mãe brasileira não a serviço do Brasil segue as seguintes variáveis: a)

com registro consular – é brasileiro pleno e incondicional; b) menor, sem registro consular e residente no Brasil – é brasileiro sem restrição até a maioridade; c) maior, sem registro consular e residente no Brasil – brasileiro com condição suspensiva enquanto não exercer a opção.

O filho adotivo nascido de pais estrangeiros e que, posteriormente, sejam adotados por pais brasileiros gozam do direito fundamental à nacionalidade brasileira pela modalidade potestativa, a partir de uma interpretação sistêmica e teleológica da alínea c, do inciso II, do artigo 12, da CF/88. Como também, o nascido no exterior pode exercer a opção pela nacionalidade brasileira se provém de brasileiro naturalizado, desde que a naturalização tenha sido concedida antes do nascimento.

O pedido de opção de nacionalidade potestativa processa-se via jurisdição voluntária, perante a Justiça Federal, e deve ser exercido por quem já goza de capacidade civil plena. Porém, não se exclui a legitimidade do exercício da opção se, a despeito da maioridade civil, o optante seja absolutamente incapaz, desde que devidamente representado.

A nacionalidade potestativa influi diretamente no processo de extradição. Se já consolidada com o exaurimento do procedimento de opção, necessariamente deve ser negada a extradição, pela vedação da aplicação desse instituto aos brasileiros natos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, A. Dardeau. *Nacionalidade e cidadania*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. Tradução: Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Nota sobre a transcrição do termo de nascimento de filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, nascidos no estrangeiro, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 685, p. 252-6, nov. 1992.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Nacionalidade – aquisição, perda e reaquisição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOSANO, Mário G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. Tradução Marcela Varejão. *Revista do Instituto dos Advogados*, São Paulo, ano 8, n. 16, p. 161-207, jul./dez. 2005.

MARINHO, Ilmar Penna. *Tratado sobre a nacionalidade*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1957.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. IV.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RÃO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUBEN, Guillermo Raúl. *O que é nacionalidade*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

SALIBA, Aziz Tuffi. Nacionalidade brasileira e direito internacional: um breve comentário sobre a Emenda Constitucional n. 54/2007. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 45, p. 77-82, out./dez. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

**Data de Recebimento: 27/10/2010**

**Data de Aceite: 18/05/2011**