

# **OPÇÃO COMO CONDIÇÃO SUSPENSIVA E A BILATERALIDADE DA VONTADE PARA A EFETIVAÇÃO DA NACIONALIDADE POTESTATIVA ATRIBUÍDA PELO ESTADO BRASILEIRO**

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como finalidade a análise acerca do direito à nacionalidade no Estado brasileiro. Para isso, buscou-se analisar a evolução da regulamentação do direito à nacionalidade nas Constituições brasileiras e abordou-se a relação entre a história brasileira e os critérios adotados para o reconhecimento de nacionalidade originária. Além disso, a presente pesquisa buscou discutir acerca da natureza jurídica do direito à opção pela nacionalidade brasileira nas Constituições de 1946, 1967 e 1988. Utilizou-se nesta pesquisa como método de abordagem o método dedutivo, o método histórico-evolutivo, além de pesquisa indireta bibliográfica. Após os pontos expostos pelo trabalho, a hipótese de nacionalidade potestativa se expressa como uma exceção à regra da unilateralidade ao se tratar de reconhecimento de nacionalidade originária pelo Estado, uma vez existindo a possibilidade de o indivíduo, por meio da opção, impedir a concretização definitiva do direito de nacionalidade, o que representa, portanto, um mecanismo de poder de escolha do indivíduo frente ao Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Condição Suspensiva. Nacionalidade. Opção.

## **ABSTRACT**

The purpose of the present work is to analyze the right to nationality in the Brazilian State. To this end, the evolution of the regulation of the right to nationality in the Brazilian Constitutions and the relationship between Brazilian history and the criteria adopted for the recognition of original nationality was analyzed. In addition, this research sought to discuss the legal nature of the right to opt for Brazilian nationality in the 1946, 1967 and 1988 Constitutions. This research approach used the deductive method, the historical-evolutionary method, and research. indirect bibliographic After the points presented by the work, the hypothesis of potestative nationality is expressed as an exception to the unilaterality rule when it comes to recognition of nationality originating from the State, since there is the possibility that the individual, through the option, prevent the definitive realization of nationality, which represents, therefore, a mechanism of the individual's power of choice against the State.

**KEYWORDS:** Suspensive Condition. Nationality. Option.

## **1 INTRODUÇÃO**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza, em seu artigo 15, a necessidade de todo indivíduo possuir uma nacionalidade (VIEIRA, 2005, p. 35), havendo violação à dignidade humana quando um indivíduo é arbitrariamente privado desse direito. Tal previsão ocorreu, assim como qualquer garantia envolvendo direitos fundamentais, como

consequência de um processo histórico, sendo decorrência direta de acontecimentos vivenciados no século XX, com a ascensão de governos totalitários na Europa, principalmente no que diz respeito às perseguições nazistas às minorias. Na orla da nacionalidade, foram aprovadas na Alemanha Nazista leis de desnacionalização, aplicadas principalmente aos judeus. Com as Leis de Nuremberg, editadas em 1935, os judeus deixaram de deter a condição de cidadãos alemães, passando a ser considerados como súditos do Estado alemão, isto é, pessoas que possuíam obrigações para com o Estado, mas sem desfrutar de qualquer direito. Outrossim, em 1938, o secretário Stuckart anunciou que futuros filhos nascidos de indivíduos considerados judeus perante o Estado alemão não possuiriam cidadania alemã (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 1132), sendo as crianças advindas da etnia judaica, nascidas a partir da determinação do secretário nazista, condenadas à condição de apátridas.

Além da previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, preconiza o direito de todo ser humano a ter uma nacionalidade (art. 20, 1), além de garantir a possibilidade de o indivíduo exigir do Estado em que nasceu o seu reconhecimento de sua nacionalidade, se não tiver direito à outra (BRASIL, 1992). Como se pode perceber, “trata-se de medida que, desde que conte com a adesão dos demais Estados, afigura-se apta a banir a grave situação de apátrida”. (MENDES, 2017, p. 603). De tal modo, apesar de a nacionalidade ser considerada uma matéria de maior afinidade com o direito público interno do que com o direito internacional público, verifica-se que “existem instrumentos internacionais dispendo sobre a matéria, não existindo, portanto, uma liberdade ilimitada por parte dos Estados quanto ao estabelecimento das regras sobre nacionalidade” (SARLET, 2017, p. 713). Portanto, um Estado, ao deliberar sobre o reconhecimento de nacionalidade aos indivíduos, deve levar em consideração as disposições sobre a matéria em tratados dos quais seja signatário e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, buscando sempre evitar a existência de indivíduos em condição de apátrida (MENDES, 2017, p. 603), situação flagrantemente incompatível com a dignidade da pessoa humana.

A atribuição de nacionalidade por um Estado a um indivíduo decorre de um dos elementos essenciais ao Estado: o povo – ou seja, para que seja possível a existência de um Estado, é necessária a delimitação e a determinação pelo Estado dos indivíduos que integrarão seu povo. Para a formação do povo, “é necessário que se estabeleça um vínculo político e pessoal entre o Estado e o indivíduo. É a nacionalidade que efetiva tal conexão e faz com que uma pessoa integre dada comunidade política. Portanto, é natural e necessário que o Estado

distinga o nacional do estrangeiro para diversos fins” (MENDES, 2017, p. 603). Nesse sentido, cabe pontuar que “nacionalidade”, apesar de remontar ao termo *natus*, que significa “nascido”, e guardar estreita relação com a expressão “nação” (VASCONCELOS, 2017, p. 410), não se relaciona, em seu sentido técnico, com o mencionado termo, expressão de origem burguesa que visava a gerar na população, em benefício das revoluções burguesas, um sentimento de unidade (DALLARI, 2016, p. 132). Isso porque o termo “nação” subentende indivíduos com certas características comuns – sendo isso o único fator que os vincula – organizados, sem qualquer fim, em uma comunidade. Em vez disso, a nacionalidade relaciona-se com a sociedade, uma vez que significa a incorporação de um indivíduo pelo povo de um Estado (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 287) no momento em que lhe é reconhecida sua nacionalidade, passando a possuir vínculo jurídico com o Estado e seu povo, que se organiza voluntariamente como sociedade, com um fim a ser alcançado (DALLARI, 2016, p. 133-134).

Com a nacionalidade reconhecida pelo Estado, o indivíduo passa a ser um nacional, integrando o povo e pertencendo ao elemento ou dimensão pessoal do Estado (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 791). Isso significa que o indivíduo passa a ser sujeito de direitos e obrigações perante o Estado que o reconheceu como nacional, independente do lugar onde se encontre, uma vez que é exercida sobre ele a jurisdição pessoal que compete ao Estado. Enquanto isso, quando o indivíduo é considerado estrangeiro, são exercidas sobre ele as competências inerentes à jurisdição territorial que pertence ao Estado – isto é, por exemplo, “quando o estrangeiro estiver fora dos limites territoriais do Brasil, inexistente qualquer tipo de obrigação ou direito que o vincule ao país, exceto as obrigações contraídas durante a sua estada. Com relação aos nacionais, mesmo fora do país, permanecem os vínculos jurídicos, que os acompanham independentemente do local em que estejam” (AGRA, 2018, p. 351). Quanto ao poder do Estado perante os indivíduos nacionais e estrangeiros, Francisco Rezek, *apud* David Araujo e Nunes Júnior, elucida:

Sobre os estrangeiros residentes o Estado exerce inúmeras competências inerentes à sua *jurisdição territorial*. Sobre seus súditos distantes o Estado exerce *jurisdição pessoal*, fundada no vínculo da nacionalidade, e independente do território onde se encontrem. (REZEK *apud* ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 287)

Além de não se poder confundir a ideia de nacionalidade com “nação”, tal conceito deve ser diferenciado de outros termos ligados à Teoria do Estado para que se facilite a compreensão do presente estudo. Preliminarmente, nacionalidade não pode ser confundida

com a população de um Estado, já que nesta última estão abrangidas todas as pessoas, nacionais ou estrangeiros, que se encontram no Estado (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 791). De maior relevância, todavia, é a questão envolvendo a nacionalidade e a cidadania, termos que muitas vezes são considerados sinônimos. Apesar disso, não se pode confundir nacional com cidadão, já que, em regra, a nacionalidade é um *pressuposto* da cidadania, e não seu sinônimo. Para que alguém seja cidadão de um país, via de regra, o indivíduo deve integrar, anteriormente, o povo do Estado, sendo reconhecido como nacional. Com efeito, cidadão é o indivíduo, considerado nacional, em gozo de seus direitos políticos – ou seja, “é o nacional alistado na justiça eleitoral, apto a gozar do direito de votar e ser votado. Assim, nem todo nacional é cidadão; mas todo cidadão é nacional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 791). Todavia, tal regra comporta uma exceção, que diz respeito ao caso dos portugueses equiparados, situação prevista no artigo 12, § 1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), uma vez que, embora nacionais e cidadãos de Portugal, terão eles os direitos inerentes ao brasileiro naturalizado, inclusive direitos políticos (MOTTA, 2013, p. 327).

## **2 NACIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Um Estado, ao regulamentar a atribuição de nacionalidade, sempre leva em consideração determinados critérios para reconhecer um indivíduo como integrante do seu povo. Dentre os critérios mencionados, destacam-se o *jus solis* e o *jus sanguinis*, apesar de poder ser considerado um critério a religião (direito de retorno). Pelo critério da origem territorial (*jus solis*), é considerado nacional o indivíduo que nascer no território do respectivo Estado, levando-se, portanto, em consideração o local de nascimento do indivíduo para o reconhecimento ou não de nacionalidade. No que diz respeito ao critério da origem sanguínea (*jus sanguinis*), é considerado nacional o indivíduo descendente de nacionais, sendo, portanto, a nacionalidade aferida pela origem dos ascendentes do indivíduo (PADILHA, 2018, p. 374). Apesar de os dois critérios supramencionados serem os mais utilizados pelos Estados para regulamentar o reconhecimento de nacionalidade, cabe menção ao chamado critério religioso, adotado em Israel, por meio da promulgação da chamada Lei do Retorno, sobre a qual Rodrigo Padilha discorre:

A lei declara ao povo judaico que o Estado de Israel acolherá todos os judeus do mundo que regressarem à antiga pátria. A lei editada por Israel concede cidadania israelense aos membros da religião judaica (independentemente da filiação ou do local de nascimento) que queiram se estabelecer no Estado.

Em complemento a esta regra, a lei de nacionalidade de Israel, de 1952, permite que todo imigrante que pertença à religião judaica requeira a nacionalidade israelense. Embora à primeira vista possa parecer que se trata do critério *jus sanguinis*, é bom esclarecer que com este não se confunde, pois pessoas não adeptas da religião judaica podem se converter ao judaísmo (o que dará direito à nacionalidade israelense se cumprir o requisito da residência, independentemente dos seus ascendentes); já outras pessoas podem renunciar à religião judaica – o que fará com que não tenham direito à aquisição da nacionalidade. (PADILHA, 2018, p. 374)

Pela exposição do supramencionado doutrinador, apesar de parecer, à primeira vista, uma decorrência da adoção do critério *jus sanguinis*, o critério religioso se difere da regra da origem sanguínea justamente por não exigir ascendência judaica, levando somente em consideração a conversão do indivíduo à religião judaica, que, somada à firmação de residência em território israelense, é suficiente para o reconhecimento de nacionalidade israelense. Os Estados variam na adoção dos critérios expostos, uma vez que, apesar de se tratar de questão jurídica, a adoção de determinados critérios para a atribuição de nacionalidade envolve uma perspectiva estratégica pelo Estado. A adoção dos critérios sanguíneo e/ou territorial vai guardar íntima relação com a história e os objetivos do país (FERNANDES, 2017, p. 740). Isso porque, em regra, os países utilizados como colônias pelos Estados europeus, por terem recebido grande contingente de imigrantes, adotarão o critério da origem territorial, já que não seria viável adotar o critério sanguíneo nesses países, pelo fato de as etnias originárias normalmente terem sido dominadas e submetidas ao poder dos colonizadores europeus. Todavia, não somente os países colonizados adotam como critério a origem territorial, sendo regra tal adoção em países com histórico de recebimento de imigrantes. Já os países colonizadores e europeus em geral, por terem histórico de emigração, adotam como regra o *jus sanguinis*, já que objetivam preservar a identidade, a nacionalidade e o conceito do seu povo (FERNANDES, 2017, p. 740). Todavia, tal regra não é absoluta, pois, como se verá adiante no caso do Brasil, os Estados podem mesclar esses critérios ou adotar critérios acessórios (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 792).

## **2.1 Evolução histórica do direito de nacionalidade no Estado brasileiro**

Os fatos de ter sido utilizado como colônia pelo Estado português e de ter recebido, após sua independência, em diversos momentos, grande contingente de imigrantes (voluntariamente ou por meio da prática da escravatura) influenciaram diretamente o Estado

brasileiro no que diz respeito à sua política de nacionalidade, tanto nos critérios adotados para seu reconhecimento, quanto em práticas que visavam a aumentar o número de nacionais brasileiros. A Carta Imperial de 1824, primeira Constituição após a independência do Brasil perante o Estado português, demonstra a influência das relações históricas entre Brasil e Portugal, uma vez que, em seu art. 6º, IV, atribui nacionalidade brasileira aos indivíduos nascidos em Portugal e suas possessões, residentes no Brasil à época da proclamação de independência e que às províncias aderiram expressa ou tacitamente pela continuação da residência (BRASIL, 1824), constituindo verdadeira política de naturalização tácita, a qual se caracteriza como medida a ser adotada quando o número de nacionais é menor que o desejado. “Nesse caso, os estrangeiros residentes que não declararem, dentro de determinado período, o ânimo de permanecer com a nacionalidade de origem, automaticamente adquirem a nacionalidade do país em que residem, independentemente de qualquer requerimento” (NOVELINO, 2016, p. 484). Além disso, a Carta Imperial adotou tanto o critério do *jus solis* quanto a regra do *jus sanguinis*. Sobre a regulamentação da matéria de nacionalidade na Carta Imperial de 1824, Ingo Wolfgang Sarlet discorre:

A Carta Imperial de 1824 [...] adotou tanto o critério do *jus soli* quanto o do *jus sanguinis* (art. 6.º, I e II), destacando-se que foram considerados brasileiros os que, embora nascidos no exterior, eram filhos de pai brasileiro, se viessem a domiciliar-se no Brasil (art. 6.º, II). Quanto aos dois critérios de aquisição da nacionalidade originária, percebe-se que a Constituição Imperial comportou uma exceção, designadamente a dos filhos de pai brasileiro que estivesse em país estrangeiro a serviço do Império, embora não viessem depois a estabelecer domicílio no País (art. 6.º, III), hipótese que, com variações terminológicas, se manteve nas diversas Constituições. A nacionalidade também era atribuída aos nascidos em Portugal e suas possessões, residentes no Brasil à época da proclamação da independência e que às províncias aderiram expressa ou tacitamente pela continuação da residência (art. 6.º, IV). Por derradeiro, a Carta de 1824 também previu a possibilidade de naturalização por parte dos estrangeiros, remetendo à lei quanto às condições (art. 6.º, V). (SARLET, 2017, p. 715)

Como se poderá perceber, as hipóteses de reconhecimento de nacionalidade previstas na Carta Magna de 1824 muito se assemelham à regulamentação da matéria na Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito aos incisos I, II e III do art. 6º da Carta Imperial. A hipótese prevista no inciso I do art. 6º já indicava a tendência de dominância do critério do *jus solis* sobre a regra da origem sanguínea, apesar de esta também ser adotada pelo texto constitucional imperial. Ainda no que diz respeito às semelhanças entre o texto constitucional imperial e a atual Constituição Federal, cabe pontuar que a hipótese prevista no inciso II da Carta Constitucional Imperial, a qual mais se aproxima do conceito de

nacionalidade potestativa, não previa prazo para a fixação de residência do indivíduo filho de pai brasileiro ou mãe brasileira (o que também não ocorre no atual texto constitucional), tampouco preconizava a necessidade da realização da opção por parte do indivíduo, havendo nacionalização definitiva daquele que fixava residência no Brasil, sendo filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, mesmo que nascido em território estrangeiro – diferente do que ocorre no atual contexto constitucional do Estado brasileiro.

No que concerne à Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), verifica-se, assim como na Carta Imperial de 1824, a adoção tanto do critério da origem territorial quanto da origem sanguínea, sendo válido pontuar a manutenção das três primeiras hipóteses previstas pela Constituição Imperial para o reconhecimento de nacionalidade. De tal forma, foram considerados brasileiros natos os nascidos em território brasileiro, ainda que de pai estrangeiro, se este não estiver a serviço de sua nação (art. 69, 1º), os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se vierem a residir no Brasil (art. 69, 2º) e os filhos de pai brasileiro que estiver em outro país a serviço da República brasileira, mesmo que nela não venham a residir (art. 69, 3º).

Além disso, por conta do contexto histórico-político da época em que foi promulgada – isto é, o recebimento de grande contingente de imigrantes europeus para substituir a mão-de-obra decorrente da exploração de escravos provenientes do continente africano –, a Constituição da República repetira a política de naturalização tácita adotada pelo Império brasileiro, atribuindo nacionalidade brasileira a “todos os estrangeiros que se encontravam no território nacional na data da Proclamação da República (15.11.1889), e para os residentes no Brasil, desde que não se manifestassem pela manutenção da nacionalidade de origem (art. 69, itens 4º e 5º)” (NOVELINO, 2016, p. 484). Sobre a política de naturalização tácita adotada pela Constituição da República de 1891, Ingo Wolfgang Sarlet explica:

No que diz com a Constituição de 1891, um dos pontos de destaque reside na previsão da naturalização dos estrangeiros que se achavam no Brasil em 15 de novembro de 1889 e que não declararam, dentro de seis meses da entrada em vigor da Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem (art. 69, § 4.º), o que foi designado, pela doutrina, como a “grande naturalização”. Ademais, foram considerados cidadãos brasileiros os estrangeiros que possuíam bens imóveis no Brasil e os que eram casados com brasileiros ou tinham filhos brasileiros, mediante a condição de que residissem no Brasil, salvo se tivessem manifestado a intenção de não mudar de nacionalidade (art. 69, § 5.º). (SARLET, 2017, p. 716)

A Constituição da República de 1934 (BRASIL, 1934), apesar de guardar iminente semelhança com as Constituições anteriores no que tange aos critérios adotados e as hipóteses

previstas para o reconhecimento de nacionalidade, inova no que diz respeito às hipóteses positivadas baseadas no critério do *jus sanguinis*. Isso porque as Constituições anteriores não previam a necessidade de ser exercido, ao alcançar a maioridade, o direito de opção para que o indivíduo, nascido em território estrangeiro e filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, tivesse sua nacionalidade brasileira reconhecida pelo Estado. Em vez disso, as Cartas Magnas pregressas previam a necessidade de o indivíduo estabelecer domicílio em território nacional, a qualquer tempo, para que o reconhecimento de nacionalidade fosse efetivado. Na contramão de suas antecessoras, a Constituição de 1934 passa a preconizar a necessidade de ser exercida, ao atingir a maioridade, a opção pelo indivíduo, nascido em território estrangeiro e filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, para ser reconhecido como nacional, sendo dispensado, todavia, o estabelecimento de domicílio em território nacional (art. 106, b). Quanto às disposições acerca das hipóteses e critérios positivados para o reconhecimento de nacionalidade, a Constituição de 1937 mantém a mesma regulamentação prevista por sua Constituição antecessora, havendo, porém, leves alterações em relação à perda de nacionalidade (SARLET, 2017, p. 717).

A Constituição da República de 1946 (BRASIL, 1946) inova em relação às Constituições antecessoras, no que tange às disposições destinadas ao reconhecimento de nacionalidade pelo Estado brasileiro, ao conceder ao indivíduo, nascido em território estrangeiro e filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, o prazo de 4 (quatro) anos, contados a partir da data em que foi alcançada a maioridade, para que exerça seu direito de opção a fim de conservar sua nacionalidade brasileira (art. 129, II). Além disso, há inovação em relação às Constituições de 1934 e 1937 ao prever a necessidade de o indivíduo passar a residir em território brasileiro para que, só então, venha a ter o direito de exercer a opção pela manutenção da nacionalidade brasileira, cabendo salientar que inexistia prazo para o estabelecimento de domicílio, podendo tal fato se dar, inclusive, após a obtenção da maioridade pelo indivíduo. Além disso, em reação ao caráter autoritário do regramento do Estado Novo, “retomou a previsão expressa de que era necessária sentença judicial para a perda da nacionalidade em decorrência de cancelamento da naturalização devido à atividade nociva (art. 130, III)” (SARLET, 2017, p. 717), requisito que se havia deixado de exigir pela Constituição de 1937.

Por fim, a Constituição Federal de 1967 (BRASIL, 1967) trouxe relevantes inovações no que diz respeito às disposições direcionadas ao reconhecimento de nacionalidade. Isso porque passou a prever em seu texto a possibilidade de reconhecimento de

nacionalidade ao indivíduo nascido em território estrangeiro e filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, independente de estabelecimento de domicílio em território nacional ou exercício do direito de opção, sendo apenas necessário que seu nascimento fosse registrado em repartição brasileira competente no exterior (art. 140, I, b). Além disso, no que diz respeito à nacionalidade potestativa, a Constituição de 1967 passou a exigir do postulante à nacionalidade o estabelecimento de domicílio em território nacional antes de ser atingida sua maioridade, para que só então fosse adquirido o direito a exercer a opção pela nacionalidade brasileira, que deveria ser efetivada pelo indivíduo no prazo de até 4 (quatro) anos após atingida sua maioridade, tornando-se impossível, portanto, o reconhecimento de nacionalidade brasileira ao indivíduo postulante à nacionalidade potestativa que viesse a residir em território brasileiro após ser atingida sua maioridade.

## **2.2 Da nacionalidade potestativa e demais hipóteses de reconhecimento de nacionalidade na Constituição Federal de 1988**

As formas de obter nacionalidade são duas: pelo reconhecimento e pela concessão. O reconhecimento está ligado à nacionalidade primária, quando um Estado, unilateralmente, atribui nacionalidade a um indivíduo. Isso significa que a manifestação de vontade vem apenas por parte do Estado, sem que seja possível a negativa à nacionalidade por parte do indivíduo. Já a concessão está ligada à nacionalidade secundária, ou naturalização, quando o indivíduo estrangeiro, ao cumprir os requisitos impostos pelo Estado, requisita sua nacionalidade, que pode ou não ser concedida pelo Estado em questão, em uma situação na qual, para que haja efetividade, faz-se necessária a manifestação de vontade de ambas as partes (GUIMARÃES *apud* ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 288). Sendo parte das possibilidades de atribuição de nacionalidade primária por meio do critério do *jus sanguinis*, a nacionalidade potestativa integra um grupo seletivo – pelo fato de haver clara dominância do critério territorial no texto constitucional – de casos escolhidos pela Constituição brasileira que geram reconhecimento de nacionalidade a indivíduos, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, nascidos em território estrangeiro.

A Constituição brasileira utiliza dois critérios para o reconhecimento de nacionalidade originária: o *jus solis* e o *jus sanguinis*. Cabe explicar que os dois critérios não são dotados de magnitudes semelhantes, uma vez que o critério territorial se sobrepõe nitidamente ao sanguíneo. Nesse sentido, David Araujo e Nunes Júnior afirmam que a

Constituição brasileira adotou, no tocante à nacionalidade, o critério “territorial mitigado” (2016, p. 289). Isso significa que, embora a Carta Magna não tenha adotado exclusivamente o critério territorial, a hegemonia do solo sobre o critério sanguíneo é tamanha, que se pode considerar que a adoção do *jus sanguinis* trouxe consigo apenas um abrandamento do *jus solis*, e não uma divisão equitativa entre os dois critérios. Como exemplo dessa hegemonia existente na Constituição, pode-se utilizar uma das hipóteses de reconhecimento da nacionalidade originária, uma vez que, para obter tal reconhecimento, basta que o indivíduo nasça em território brasileiro, independente da situação jurídica dos pais. Isto é, filho de brasileiro ou não, basta que o indivíduo nasça em terra brasileira para que tenha reconhecida sua nacionalidade, excluindo-se, porém, dessa possibilidade, caso filho de estrangeiros, quando os pais do indivíduo encontrarem-se a serviço de seu país. Assim sendo, no tocante ao critério territorial, há limitadas exigências para o reconhecimento de nacionalidade, enquanto há casos específicos para tal reconhecimento levando em conta o *jus sanguinis*. Sobre a hegemonia do critério da origem territorial sobre o da origem sanguínea, José Afonso da Silva explica:

A Constituição reputa *brasileiro nato* aquele que adquire a nacionalidade brasileira pelo *fator nascimento*. É dizer: *brasileiro nato* é quem nasce na República Federativa do Brasil. Corresponde ao titular da *nacionalidade brasileira primária*, para cujo reconhecimento nossas constituições sempre adotaram o critério *ius solis*, com ligeiras atenuações. Mas não se disse acima que brasileiro nato é só o que nasce no território brasileiro. O art. 12, I da Constituição, e só ele, é que dá os critérios e pressupostos para que alguém seja considerado necessariamente, e de direito, brasileiro nato. Por ele se vê que não só o *ius solis* é fonte de nacionalidade primária entre nós; há concessões ao princípio do *ius sanguinis* combinado com outros elementos. (SILVA, 2005, p. 326, grifo do autor)

Dentre as hipóteses de reconhecimento de nacionalidade pelo critério do *jus sanguinis*, portanto, encontra-se a nacionalidade potestativa, regulamentada pelo artigo 12, inciso I, alínea c, parte final, da Constituição Federal de 1988. Nessa hipótese, o indivíduo, nascido em território estrangeiro e filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, tem direito ao reconhecimento de sua nacionalidade brasileira se, a qualquer tempo, estabelecer domicílio em território brasileiro e, também a qualquer tempo, desde que após ser atingida a maioridade, opte, mediante jurisdição voluntária perante a Justiça Federal (AGRA, 2018, p. 353), pela nacionalidade brasileira (BRASIL, 1988). Note-se a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 no que tange à nacionalidade potestativa, uma vez que, na Constituição antecessora, eram previstos prazos tanto para o estabelecimento de domicílio em território

nacional quanto para o exercício do direito de opção. Todavia, na Constituição vigente todos os prazos foram abolidos, sendo possível ao postulante à nacionalidade potestativa estabelecer domicílio em território brasileiro em qualquer tempo, antes ou após a maioridade, bem como exercer o direito à opção no momento em que lhe for mais conveniente, desde que após ser atingida a maioridade, por ser tratar de direito personalíssimo, “necessitando que ele tenha condições de expressar sua vontade de forma livre. Esse pressuposto não pode ser suprimido pela representação dos pais” (AGRA, 2018, p. 353). No que tange às demais hipóteses de reconhecimento de nacionalidade (nacionalidade primária), foram mantidas as disposições previstas na Constituição de 1967, incluindo a hipótese de reconhecimento de nacionalidade ao indivíduo, nascido em território estrangeiro e filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, que for registrado em repartição brasileira competente (art. 12, I, c).

### **3 OPÇÃO COMO CONDIÇÃO SUSPENSIVA PARA EFETIVAÇÃO DA NACIONALIDADE POTESTATIVA**

Sendo a nacionalidade originária fruto de uma atribuição unilateral do Estado (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 299), nada há a ser feito pelo indivíduo, em princípio, para evitar sua concretização. Assim, o poder envolvendo a nacionalidade primária emana totalmente do Estado e seus critérios para que tal atribuição aconteça. O artigo 12 da Constituição Federal, em seu inciso I, delimita os casos em que haverá reconhecimento da nacionalidade originária ao indivíduo, trazendo consigo, implicitamente, os critérios utilizados para que ocorra tal ato. No que tange à unilateralidade do Estado para o reconhecimento e concretização da nacionalidade originária, a presente pesquisa buscará demonstrar a forma com que a nacionalidade potestativa resta sendo uma exceção à mencionada regra. A nacionalidade potestativa terá abordada por este estudo dois de seus pontos principais: a gênese e a aquisição definitiva do direito. Quanto à sua gênese, cabe explicar que o fato jurídico gerador da nacionalidade potestativa é o estabelecimento de residência por parte do indivíduo em território nacional (MORAES, 2014, p. 221), e não a manifestação de vontade do postulante à nacionalidade perante o Estado brasileiro (opção), que está diretamente ligada à aquisição definitiva do direito à nacionalidade brasileira, mas não pode ser considerada a gênese da nacionalidade potestativa. Nesse sentido, Sylvio Motta discorre:

A aquisição da nacionalidade originária, de forma provisória, se dá com a fixação da residência no Brasil, sendo a opção uma condição confirmativa, não formativa, da nacionalidade. O fato gerador da nacionalidade, a condição formativa, é a fixação da residência no Brasil, mas seus efeitos ficam suspensos até que se ultime a referida condição confirmativa – a opção -, que terá efeitos retroativos. Porém, se a fixação da residência se verificar antes da aquisição da maioridade civil, o menor residente poderá imediatamente gozar de todos os direitos inerentes à condição de brasileiro nato desde a fixação da residência, até que sobrevenha a maioridade. Uma vez atingida a maioridade, a nacionalidade brasileira passa a sujeitar-se à condição suspensiva da opção. Desse modo, enquanto não for manifestada validamente a opção (e enquanto não for a mesma homologada pelo juiz federal competente), não poderão ser exercidos pelo optante quaisquer direitos privativos de brasileiros natos. (MOTTA, 2013, p. 328)

Pela explicação trazida pelo eminente doutrinador, pode-se aduzir no sentido de existir tratamento jurídico diferenciado dependendo do momento em que foi estabelecido domicílio em território nacional pelo postulante à nacionalidade potestativa. Isso porque, segundo jurisprudência formada pelo STF e nos termos da Lei dos Registros Públicos (6.015/73), quando o indivíduo passa a morar em território brasileiro antes de atingir sua maioridade, por não poder exercer o direito de opção, já que se trata de direito personalíssimo, deve-se reconhecer sua condição de brasileiro nato para todos os efeitos, até que o indivíduo atinja sua maioridade, devendo-se proceder ao registro provisório do nascimento do menor, conforme previsto no art. 32, § 2º, da Lei dos Registros Públicos (STF, 2005). Todavia, quando o postulante à nacionalidade potestativa estabelecer domicílio em território brasileiro após atingir sua maioridade, “como ele já pode fazer a opção [...], enquanto esta não for feita ele não será considerado brasileiro nato, pois a opção passa a ter eficácia de condição suspensiva da nacionalidade brasileira” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 798-799).

Assim sendo, a opção – uma declaração de vontade do indivíduo perante o Estado – revela-se como condição suspensiva da nacionalidade potestativa depois de alcançada pelo indivíduo sua maioridade. Maria Helena Diniz explica que uma condição “é suspensiva [...] quando as partes protelam, temporariamente, a eficácia do negócio até a realização do acontecimento futuro e incerto” (DINIZ, 2017, p. 589). Ou seja, a nacionalidade potestativa, após a maioridade do indivíduo, não terá validade enquanto a opção não for realizada por ele, dando, dessa forma, apesar de tratar-se de atribuição unilateral feita pelo Estado, escolhas ao indivíduo no tocante à sua nacionalidade. Sendo, portanto, uma condição suspensiva confirmativa, a opção tem relação com a concretização da nacionalidade atribuída, que tem todos seus efeitos definitivos vinculados à declaração de vontade do indivíduo. Mesmo que não tenha poder sobre o reconhecimento de nacionalidade pelo Estado, o indivíduo que se

encontra sob nacionalidade potestativa tem total poder no tocante à concretização e efetividade definitivas da nacionalidade. Assim sendo, enquanto a condição suspensiva encontrar-se pendente, não há efetivação do negócio nem, portanto, direito adquirido, mas sim expectativa de direito (DINIZ, 2017, p. 589). Com isso, a efetivação da nacionalidade potestativa definitiva só pode ocorrer como consequência de vontade bilateral, envolvendo o indivíduo e o Estado, impossível sendo obter tal efetivação sem a anuência do indivíduo reconhecido como nacional. Acerca do exercício do direito de opção como condição suspensiva para a efetivação definitiva da nacionalidade potestativa, Alexandre de Moraes argumenta:

Agora, nos termos da constituição atual, em virtude da inexistência de prazo para a realização da opção, que poderá ser a qualquer tempo, parece-nos mais sensato que, apesar de o momento da fixação da residência no país constituir o fator gerador da nacionalidade, seus efeitos fiquem suspensos até que sobrevenha a condição confirmativa – opção (que terá efeitos retroativos). Como, porém, a realização da opção exige plena capacidade de manifestação de vontade, se a fixação de residência em território nacional ocorrer antes de o nascido no estrangeiro adquirir a maioridade, passará a ser considerado brasileiro nato, porém, como ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, “sujeita essa nacionalidade a manifestação da vontade do interessado, mediante a opção, depois de atingida a maioridade. Atingida a maioridade, enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em condição suspensiva da nacionalidade brasileira”. (MORAES, 2014, p. 222)

A opção, amplamente reconhecida, portanto, como condição suspensiva para a aquisição de nacionalidade potestativa após a maioridade ser atingida pelo indivíduo, tinha seu procedimento regulamentado pela Lei 818/49 até 2017, ano em que a citada lei foi expressamente revogada pela Lei de Migração (13.445/2017), tendo sido delegada a regulamentação do procedimento da opção pela nacionalidade às disposições infralegais. Como o decreto que regulamenta a Lei de Migração não traz detalhes acerca do mencionado procedimento, o procedimento de opção pela nacionalidade, por ora, é regulado pelo Código de Processo Civil, mais especificamente por seu capítulo XV, que trata dos procedimentos de jurisdição voluntária (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 1147). Como restou demonstrado no presente capítulo, o fato de a opção pela nacionalidade traduzir-se, após alcançada a maioridade pelo indivíduo postulante à nacionalidade potestativa, em condição suspensiva para a aquisição definitiva de nacionalidade brasileira demonstra que a hipótese de nacionalidade potestativa prevista pela Constituição de 1988 claramente se coloca como exceção à regra que preconiza a desnecessidade de manifestação de vontade pelo indivíduo para que a nacionalidade originária seja concretizada e efetivada – por se tratar de atribuição

unilateral do Estado –, isso porque uma vez preenchidos os demais pressupostos, a aquisição da nacionalidade pátria pelo postulante à nacionalidade potestativa “depende exclusivamente de sua válida manifestação de vontade” (MOTTA, 2013, p. 328), exceptuando-se à regra concernente à atribuição de nacionalidade originária pelo Estado.

De eminente relevância é a questão acerca da natureza jurídica do exercício do direito de opção pela nacionalidade brasileira nas Constituições anteriores. Isso porque, conforme restou demonstrado pelo presente estudo, na ordem constitucional vigente o exercício do direito de opção traduz-se em condição suspensiva para o reconhecimento definitivo de nacionalidade brasileira na hipótese de nacionalidade potestativa. Todavia, sob a égide da Constituição de 1946 e da Constituição Federal de 1967, o exercício do direito de opção gozava de natureza jurídica diversa, já que as mencionadas Cartas Magnas preconizavam o prazo de 4 (quatro) anos, contados a partir do atingimento da maioridade pelo postulante, para que o direito de opção fosse exercido. De tal modo, o indivíduo que se enquadrava na hipótese de nacionalidade potestativa era indivíduo considerado, “para todos os efeitos, brasileiro nato sob a condição resolutive de que não optasse a tempo pela nacionalidade pátria” (STF, 2003). Considerava-se o exercício do direito de opção uma condição resolutive do direito à nacionalidade brasileira, já que, quando um direito encontra-se sob condição resolutive, ocorrerá sua extinção após a ocorrência de evento futuro e incerto. De tal modo, a não consumação do direito de opção pela nacionalidade brasileira, no prazo de 4 anos após a maioridade do postulante, traduzia-se em condição futura e incerta apta a extinguir o direito à nacionalidade brasileira.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A exposição trazida pelo presente estudo teve como finalidade discutir acerca da natureza jurídica da opção pela nacionalidade brasileira quando se trata da hipótese de nacionalidade potestativa. É relevante pontuar que, ao optar pelo reconhecimento da nacionalidade brasileira, o indivíduo não renuncia à nacionalidade originária eventualmente reconhecida pelo Estado em cujo território nasceu, sendo o exercício do direito da opção apto somente a concretizar o reconhecimento de nacionalidade ao postulante, e não a homologar renúncia a outra nacionalidade originária eventualmente reconhecida por outro Estado ao indivíduo em questão. No que diz respeito à natureza jurídica da opção na hipótese de nacionalidade potestativa, verifica-se que sob a égide da Constituição Federal de 1967, a

opção traduzia-se em condição resolutiva relativamente ao direito de nacionalidade, uma vez que o postulante era considerado brasileiro nato para todos os efeitos enquanto o prazo de 4 (quatro) anos, contados a partir da data do atingimento da maioridade, não fosse transcorrido. Todavia, pôde-se concluir que, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, a opção pela nacionalidade brasileira detém, após o atingimento da maioridade pelo postulante, natureza jurídica de condição suspensiva para o reconhecimento definitivo de nacionalidade pelo Estado brasileiro ao indivíduo, uma vez que, enquanto o direito de opção não é exercido pelo indivíduo perante a Justiça Federal, este é considerado, para todos os fins, estrangeiro frente ao Estado brasileiro.

O fato de o exercício do direito de opção pela nacionalidade brasileira traduzir-se, depois de alcançada a maioridade pelo postulante, em condição suspensiva para o reconhecimento definitivo de nacionalidade comprova que a hipótese de nacionalidade potestativa diz respeito à única exceção prevista pelo texto constitucional brasileiro à natureza unilateral do reconhecimento de nacionalidade pelo Estado, ou seja, da nacionalidade originária ou primária. Isso porque, além de o indivíduo deter total autonomia frente ao fato jurídico gerador do direito à nacionalidade brasileira na hipótese de nacionalidade potestativa – isto é, o estabelecimento de domicílio em território brasileiro –, o postulante à nacionalidade potestativa tem total liberdade acerca da concretização definitiva do direito à nacionalidade brasileira, isso porque, após atingir a maioridade, o direito à nacionalidade encontra-se sob condição suspensiva para que se concretize, condição esta que se traduz no exercício do direito à opção pela nacionalidade brasileira, ato personalíssimo que, por sua natureza, só pode ser exercido pelo próprio indivíduo. De tal forma, o indivíduo que se enquadra na hipótese de nacionalidade potestativa tem total autonomia para que tal direito de concretize definitivamente, fugindo à regra de que, ao se tratar de reconhecimento de nacionalidade – ou seja, nacionalidade originária –, a negativa ou renúncia de nacionalidade pelo indivíduo é impossível, uma vez que a manifestação de vontade, nesse caso, é exclusiva do Estado.

## **REFERÊNCIAS**

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 895 p.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 22 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm) Acesso em: 25 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm) Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm) Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm) Acesso em: 24 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm) Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) Acesso em: 15 dez. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. 1360 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016. 304 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. 34. ed. São Paulo: SARAIVA, 2017. 639 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. 1728 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direito de nacionalidade e regime jurídico do estrangeiro. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1576 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 946 p.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 24. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. 1065 p.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. 888 p.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. 1706 p.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. 760 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1472 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

STF. **Recurso Extraordinário**: RE: 415.957/RS. Relator: Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 23/08/2005.

STF. **Questão de Ordem em Ação Cautelar**: AC-QO 70/RS. Relator: Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 25/09/2003.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 768 p.

VIEIRA, Jair Lot. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2005. 111 p.