

Universidade Federal de Alagoas
Faculdade de Direito de Alagoas
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

**A INCIDÊNCIA DA REGRA DA OPTABILIDADE POR UMA NACIONALIDADE
COMO INSTRUMENTO REDUTOR DA POLIPATRIA:
diálogo sobre inconstitucionalidades**

Alexsandro Nascimento da Costa

Maceió, 2009.

Alexsandro Nascimento da Costa

**A INCIDÊNCIA DA REGRA DA OPTABILIDADE POR UMA NACIONALIDADE
COMO INSTRUMENTO REDUTOR DA POLIPATRIA:
diálogo sobre inconstitucionalidades**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito final à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior

Maceió, 2009.

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas

Biblioteca Central

Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Fabiana Camargo dos Santos

C837i	<p>Costa, Alexsandro Nascimento da. A incidência da regra da optabilidade por uma nacionalidade como instrumento redutor da polipatria : dialogo sobre inconstitucionalidades / Alexsandro Nascimento da Costa. -- 2009. 110 f.</p> <p>Orientador: George Sarmiento Lins Júnior. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2009.</p> <p>Bibliografia: f. 106-110.</p> <p>1. Constitucionalismo de direito internacional. 2. Direito das gentes. 3. Pontes de Miranda. 4. Opção de nacionalidade. 5. Normas constitucionais inconstitucionais. I. Título.</p> <p>CDU: 342.71</p>
-------	--



Universidade Federal de Alagoas – UFAL
Faculdade de Direito de Alagoas – FDA
Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD
Mestrado em Direito

Alexsandro Nascimento da Costa

**A INCIDÊNCIA DA REGRA DA OPTABILIDADE POR UMA NACIONALIDADE
COMO INSTRUMENTO REDUTOR DA POLIPATRIA: diálogo sobre
inconstitucionalidades**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração do Curso: *Fundamentos Constitucionais dos Direitos.*


Orientador: Professor Doutor George Sarmento Lins Júnior

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Professor Doutor Andreas Krell

Julgamento: APROVADO (8.0) Assinatura: 

Professor Doutor Marcos Bernardes de Mello

Julgamento: APROVADO (8.0) Assinatura: 

Professora Doutora Erinalva Medeiros Ferreira

Julgamento: APROVADO (8.0) Assinatura: 

Menção Geral: APROVADO (8.0)

Coordenador do Curso:
Professor Doutor George Sarmento Lins Júnior

Maceió, 30 de junho de 2010.

Não podemos ser mais sábios do que as leis?
(Platão)

É a crítica que impede o isolamento do Direito como coisa definitivamente concluída e o restaura na
continuidade da evolução, de que o Direito vigente é apenas um momento transitório.
(Aníbal Bruno)

In memoriam de Angelina Gonçalo da Silva.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a incidência da regra da optabilidade por uma nacionalidade como fator redutor da polipatria, conforme é o uso mais comum na atualidade pelos Estados Democráticos de Direito. Tal análise é feita a partir da perspectiva de primazia do Direito das Gentes sobre o Direito Nacional. Assim, portanto, é que se questiona a possibilidade de positivação, pelo poder constituinte originário, de norma constitucional inconstitucional em matéria de perda da nacionalidade. Com amparo na constitucionalização dos direitos também se indaga a possível existência de normas inconstitucionais na disciplina legal da naturalização. Faz-se uso da teoria da nacionalidade jurídica e da noção de Direito das Gentes, ambas em Pontes de Miranda.

Palavras-chave: Constitucionalismo de Direito Internacional. Direito das Gentes. Pontes de Miranda. Opção de Nacionalidade. Normas Constitucionais Inconstitucionais.

ABSTRACT

This study aims to analyze the impact of the rule of choice of nationality as a factor reducing the polipatria, as is most common in use today by the Democratic State of Law. This analysis is done from the perspective of the primacy International Law over National Law. So, therefore, is that it questions the possibility of positive, the original constituent power of constitutional rule unconstitutional on loss of nationality. With the support of the constitution also asks the possible existence of unconstitutional standards in the discipline of legal naturalization. It is using the theory of nationality and the legal concept of law of International Law, both in Pontes de Miranda.

Keywords: Constitutionalism in International Law. Law of the People. Pontes de Miranda. Option of Nationality. Unconstitutional Constitutional Norms.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 NACIONALIDADE E OPÇÃO DE NACIONALIDADE.....	14
1.1 Justificativa.....	14
1.2 Nacionalidade: sentido jurídico e sentido sociológico.....	14
1.3 Nacionalidade e Cidadania.....	17
1.4 Natureza e Conteúdo Jurídicos da Nacionalidade	21
1.5 Opção de Nacionalidade	22
1.6 Opção de Nacionalidade e Vontade	26
1.7 Direito das Gentes e Direito Estatal	27
1.8 Proibição de perda arbitrária da nacionalidade	30
2 NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS.....	33
2.1 Justificativa	33
2.2 Introdução.....	33
2.3 Estatalidade <i>versus</i> Supraestatalidade	35
2.4 Teorias sobre a Soberania	39
2.5 Teoria(s) do Poder Constituinte.....	43
2.6 A Internacionalização do Poder Constituinte.....	45
2.7 Limites materiais e formais ao Poder Constituinte.....	47
2.8 Ordenamento Jurídico e Sistema Jurídico	50
2.9 Fontes do Direito Constitucional e unidade do Sistema Jurídico	56
2.10 O que pode ser considerado norma constitucional inconstitucional?	58
2.11 Controle da constitucionalidade	62
3 NATURALIZAÇÃO DE ESTRANGEIROS NO BRASIL E OPÇÃO DE NACIONALIDADE	66
3.1 Justificativa.....	66
3.2 Introdução: o conceito de naturalização	66
3.3 Direito à constitucionalização de direitos e Nacionalidade	68
3.4 Constituição de 1988 e Naturalização	69
3.5 Estatuto do Estrangeiro e Naturalização	71
3.6 Regulamento do Estatuto do Estrangeiro e Naturalização	72
3.7 Natureza jurídica do Decreto nº 86.715/81	73
3.8 Princípio da Legalidade e Regra da Reserva Legal	75

3.9	Considerações	76
4	NATURALIZAÇÃO DE BRASILEIROS NO EXTERIOR E OPÇÃO DE NACIONALIDADE	81
4.1	Justificativa	81
4.2	Introdução.....	81
4.3	Previsão do Texto Constitucional Original e Revisão Constitucional.....	83
4.4	Direito de Emigração/Imigração	86
4.5	Doutrina da Vassalagem.....	87
4.6	Incidência do Direito da Nacionalidade	89
4.7	Dessuetude da norma	91
4.8	A matéria no Direito estrangeiro atual	93
4.9	Considerações	98
	CONCLUSÃO.....	104
	REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

A teoria da nacionalidade é tema que costuma se oxigenar conforme a dinâmica dos acontecimentos geopolíticos. Foi assim em seu surgimento com os Estados absolutistas modernos e a superação dos feudos medievais, durante as grandes ondas migratórias do Velho Mundo para o Novo Mundo, após as “descobertas” marítimas das então potências europeias, posteriormente com os processos de independência das ex-colônias europeias, com o término das grandes guerras mundiais. Agora, ressurge com o Direito Comunitário e a Globalização.

A partir da preocupação em reduzir a ocorrência da apatria, ao longo da história da teoria da nacionalidade, sempre se procurou, com esteio em análises sociológicas e filosóficas, definir por que algum indivíduo faz *ius* à nacionalidade de um determinado Estado. Contudo, este mesmo processo (de luta) para a concessão de uma nacionalidade a um indivíduo (hoje objeto de declarações de direitos por toda parte), deixou, como legado, uma pluralidade de critérios para a aquisição de uma ou mais nacionalidade(s). Tem-se como consequência, desse modo, o fenômeno sociológico e jurídico da polipatria.

Se houve consenso, já de longas datas, quanto à necessidade de todo indivíduo ter o direito de pertencer a pelo menos uma comunidade política, foi também objeto de certo consenso entre os estudiosos (não maior do que o primeiro, mas bastante perceptível), que a polipatria é, senão um mal, algo indesejável. Nesse sentido, por exemplo, o tratadista Ilmar Penna Marinho dedicou o quarto volume de seu *Tratado Sobre a Nacionalidade* à temática do conflito de leis em matéria da nacionalidade, datado de 1961. Com o passar das décadas, entretanto, tem-se acentuado doutrinariamente que as nacionalidades, na verdade, não concorrem umas com as outras. As nacionalidades coexistem devido à ausência normas supraestatais a respeito do tema, prevalecendo como norma geral o postulado segundo o qual cada Estado diz quem são seus nacionais.

Com a ascensão das teorias volitivas em contraposição às teorias impositivas da nacionalidade, surge o que Pontes de Miranda chama de princípio da optabilidade por uma nacionalidade. Na verdade, à luz da técnica jurídica atual, trata-se de uma regra, pois, sua incidência ocorre na dimensão do tudo ou nada, conforme a linguagem de Dworkin. Pontes de Miranda fez uso de tal denominação apenas devido à relevância da norma para o sistema jurídico planetário.

Tal regra, a despeito ter sua origem ligada ao fenômeno da sucessão de Estados, nada obsta a que seja utilizada como instrumento redutor da polipatria. É assim que é possível e é assim que, na verdade, tem sido positivada com frequência (mais de que seu uso original) no mundo contemporâneo, pautado por fronteiras territoriais relativamente estabilizadas. Trata-se de regra do que Pontes de Miranda chama de Direito das Gentes.

A regra da optabilidade por uma nacionalidade incide quando alguém, que tem direito a uma nacionalidade ou tal nacionalidade é postulada com sujeição à discricionariedade estatal em concedê-la, para naturalizar-se, deve perder a nacionalidade ou as nacionalidades que tem.

A partir da aludida premissa é que esta dissertação lançou-se a analisar se já se pode sistematizar a existências de normas democráticas para a positivação de tal exigência. Quando um Estado nacional pode vincular a naturalização de alguém à perda ou renúncia da(s) nacionalidade(s) anterior(es)? Que Estado, na atualidade, pode exigir a renúncia ou impor a perda: o(s) da nacionalidade ou o da naturalização? Ou ambos? Em que consiste a naturalização e qual a sua relação com a opção de nacionalidade?

É importante se perceber que esta dissertação parte do vínculo jurídico-político (nacionalidade) posto. Pressupõe que o vínculo existe para, posteriormente, questionar por que o mesmo pode ser desfeito. Assim, aparta-se de qualquer abordagem puramente sociológica de nacionalidade. Cuida-se de tema voltado para a compreensão das relações de emigração/imigração num mundo pautado pelo encurtamento das fronteiras e pelo grande trânsito de indivíduos em constante mudança de *ius domicilii*.

Esta dissertação foi dividida em quatro capítulos. Cada capítulo possui uma justificativa, em que se procura deixar claros seus objetivos para com o estudo. Bem como, nos dois últimos, foram elaboradas considerações, analisando-se os desafios lançados pelo respectivo capítulo.

No capítulo de abertura, são procedidos esclarecimentos sobre conceitos de nacionalidade em sentido jurídico e sociológico, nacionalidade e cidadania, opção de nacionalidade, no uso original do termo, direito das gentes, dentre outros, com vistas a traçar um panorama geral do tema e fazer alguns cortes necessários.

O segundo capítulo surge em razão da opção feita em tratar o tema à luz da obra de Pontes de Miranda, o qual tem uma concepção de sistema jurídico para além da estatalidade. Muito já se fala em internacionalização ou mundialização do Direito, mas não se fala na

mesma intensidade de normas constitucionais antijurídicas (ou inconstitucionais). Como o tema da nacionalidade é tema normalmente inserido, nos países de Constituições rígidas, no texto magno, tornou-se necessário falar da rica questão cuja análise sistematizada iniciou-se com Bachof.

No terceiro capítulo, analisa-se a incidência da opção de nacionalidade no curso da aquisição de nacionalidade derivada em face dos estrangeiros que se naturalizam no Brasil. No quarto capítulo, a dos brasileiros que se naturalizam no exterior. Utilizou-se o ordenamento brasileiro como pano de fundo, pela diferença que apresenta em relação a outros Estados Democráticos de Direito. O capítulo segundo dialoga diretamente com o capítulo quarto, em razão da optabilidade por uma nacionalidade ser regra prevista pela Constituição brasileira quanto ao brasileiro que se naturaliza em outro país.

1. NACIONALIDADE E OPÇÃO DE NACIONALIDADE

1.1. Justificativa. 1.2. Nacionalidade: sentido jurídico e sentido sociológico. 1.3. Nacionalidade e Cidadania. 1.4. Natureza e Conteúdo Jurídicos da Nacionalidade. 1.5. Opção de Nacionalidade. 1.6. Opção de Nacionalidade e Vontade. 1.7. Direito das Gentes e Direito Estatal. 1.8. Proibição de perda arbitrária da nacionalidade.

1.1. Justificativa

Este capítulo, como instrumento vestibular da dissertação, serve à atualização da curiosidade intelectual de quem vai percorrer o tema em epígrafe. Intenciona-se analisar alguns conceitos e prescrições normativas em vigor, revendo algumas bibliografias (importantes nesta pesquisa) que, embora consolidadas, como a de Pontes de Miranda, parecem possuir utilização escassa nos aspectos tratados nesta dissertação. Isto servirá para se precisar conceitos-chave a serem utilizados no restante da pesquisa e para se fazer alguns cortes que se julgou necessário. É nesse sentido que o tema objeto do estudo será apartado de alguns assuntos circunvizinhos e aproximado de outros (os quais se julgou depender) com vistas a ser melhor esclarecido.

1.2. Nacionalidade: sentido jurídico e sentido sociológico

Nacionalidade,¹ um dos traços de maior relevo na particularização do indivíduo distinguindo-o na comunidade nacional e internacional, pode receber os mais diversos cortes, da Literatura² à Ciência Jurídica. No campo das ciências sociais aplicadas, destacam-se o Direito e a Sociologia como os ambientes nos quais a temática costuma produzir as teorizações que merecem as maiores menções de destaque.

Sociologicamente, nacionalidade é tema de abordagem ampla, como se expressou Ilmar Penna Marinho, o vocábulo “se presta a inúmeros diletantismos literários e a exaustivas

¹ Importante salientar que este tópico, bem como toda esta dissertação, trata da nacionalidade das pessoas físicas.

² Machado de Assis é autor de ensaio que visou esclarecer a configuração do que chama de brasilidade na literatura e nas demais artes brasileiras de seu tempo. *Vide*: MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Instinto de Nacionalidade & outros ensaios**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1999. pp. 9-46.

divagações filosóficas. Por isso, a êle se tem dedicado muitos literatos, filósofos e sociólogos, que, em lucubrações fascinantes, percorrem tôdas as gamas da formação étnica dos povos”.³

É nessa seara que se analisa a nacionalidade atrelada à ideia de nação. Nesse contexto, costuma-se estudar elementos como etnia, língua, sentimento/consciência nacional, nacionalismo, dentre outros aspectos da maior relevância, tanto para a Sociologia quanto para as ciências que lhe são afins e fazem uso desses conceitos em determinados pontos de contato.⁴ Portanto, nacionalidade, para a Sociologia, delimita um grupo étnico, ideológico, linguístico, cultural, religioso, de tradições históricas semelhantes, dentre outros aspectos similares. É uma abordagem, pode-se dizer, mais espiritual.

No sentido jurídico, o qual diretamente interessa a esta dissertação, o vocábulo nacionalidade assume uma significação restrita, delimitada. Aqui a nacionalidade é tratada em aproximação com a ideia de “nacional”. Portanto, apartam-se “nação” (Sociologia) e “nacional” (Direito). Assim sendo, deve-se destacar que o termo “nação” é empregado para determinar um grupo ligado por traços étnicos, linguísticos, ideológicos, religioso, dentre outros aspectos. Já o signo “nacional” é utilizado para delimitar fenômeno distinto: pertencer um indivíduo a um grupo jurídico-político organizado sob a forma (histórica) de Estado. Ilmar Penna Marinho afirma que a nacionalidade em sentido jurídico “aparece como uma qualidade política do homem socializado. Do homem que abandonou a tribo, o clã. Do homem que faz parte de uma organização social mais perfeita – o Estado”.⁵

Enquanto a nacionalidade em sentido sociológico pode-se desenvolver em qualquer ambiente, a nacionalidade em sentido jurídico carece, necessariamente, do suporte estatal para atingir suas pretensões e produzir os seus efeitos.⁶ Nacionalidade, juridicamente considerada, é um vínculo entre Estado e indivíduo como sujeito de direitos e deveres.

³ MARINHO, Ilmar Penna. **Tratado sôbre a Nacionalidade**, volume primeiro: do direito internacional da nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1956. p. 13.

⁴ Bem assim faz o Direito, quando, por exemplo, toma estudos da sociologia para definir os critérios de aquisição de nacionalidade válidos em determinado ordenamento jurídico: *ius solis*, *ius sanguinis*, *ius conubii*, *ius domicilii*, *ius laboris*, *facultas soli*, *facultas sanguinis*, dentre outros. Quanto a esse aspecto, os estudos sociológicos são fontes materiais do Direito. Diversas são as formas de aquisição de nacionalidade. O Direito alemão, por exemplo, prevê a usucapião como critério válido de definição de sua nacionalidade: “quem tiver sido tratado, no mínimo nos últimos 12 (doze) anos, pelas autoridades alemãs como um cidadão alemão (em particular através da emissão de um passaporte alemão, carteira de identidade ou certidão de nacionalidade) tem direito à nacionalidade alemã”. *Vide: Nacionalidade Alemã*. Disponível em: <<http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/04/nacionalidade.html>>. Acesso em: 12 fev. 2006. Mas, a fonte que se bebe é sempre de raiz sociológica. Desse modo, ao mudarem-se as relações sociais, devem também ser modificados os critérios de aquisição de nacionalidade.

⁵ MARINHO, Ilmar Penna. **Tratado sôbre a Nacionalidade**, volume primeiro: do direito internacional da nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1956. p. 13.

⁶ José Carlos Fernández Rozas afirma que ser nacional é pertencer a uma comunidade estatalmente organizada. *Vide: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho de la Nacionalidad*. Madrid: Tecnos, 1992. p. 20.

Nações sempre existiram, desde os primórdios da vida humana em sociedade. Nacionais é que, em essência, pertencem à Modernidade Jurídica, mais precisamente a estatalidade. Ser nacional significa fazer parte de uma organização política mais sofisticada que o clã, a tribo ou uma casta. No atual mundo democrático, ser nacional é ser igual, ou, pelo menos, ter a possibilidade formal de sê-lo. Esta ideia guarda consonância com o que Pontes de Miranda chamou de “lei de crescente integração e dilatação dos círculos sociais”, havendo na estrutura estatal um melhor grau de estabilidade com a diminuição do “quanto despótico”.⁷

Os antigos egípcios, por exemplo, compunham uma nação (ou várias nações), mas não eram nacionais do Egito, pois não eram sujeitos de direitos e deveres em âmbito estatal, achavam-se estruturados em *nomos* (união de aldeias egípcias), governadas sobre o poder teocrático.⁸ Ser nacional significa deixar de ser súdito, superar a sujeição, a vassalagem. Nacional é aquele que pode exigir prestações positivas ou negativas a atuação daqueles incumbidos do exercício do Poder. O adjetivo nacional impõe um paradigma eminentemente civilizatório de proteção a seus destinatários. Alguém é nacional porque é protegido (amparado) por determinada organização política estatal. Ter nacionalidade significa possuir a qualidade de membro de um Estado. A nacionalidade é tomada como um critério de qualificação, segundo as organizações jurídicas as quais os indivíduos pertencem. Pontes de Miranda sustenta que o conceito de nacionalidade, no sentido sociológico, e o conceito de Estado não são superponíveis. Mas, quando se fala em nacionalidade no sentido técnico-jurídico diz-se respeito à qualidade de indivíduo pertencente ao Estado.⁹

Nações continuam a existir na Modernidade Jurídica. Elas compõem os Estados em sua dimensão pessoal. Contudo, um ponto importante a se frisar é cada Estado concede apenas uma nacionalidade: a sua. Por outro lado, um Estado pode ser formado por mais de uma nação, como é o caso da Suíça, por exemplo. Também é possível fazer *ius* a uma determinada nacionalidade aquele que, a despeito de não pertencer a nenhuma nação que compõe um Estado, preenche seus requisitos de aquisição, pois, a dimensão jurídica do termo refere-se ao vínculo entre um indivíduo e um Estado, não entre um indivíduo e uma nação.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 340. Tal teoria da crescente dilatação e integração dos círculos sociais será melhor abordada ao longo da dissertação.

⁸ Sobre os *nomos* no Antigo Egito, *vide*: PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Readequação Constitucional do Estado Moderno: transformações do conceito de estado no direito constitucional do limiar do século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 14. João Maurício Adeodato fala que os antigos egípcios não possuíam precisa noção da diferença entre ilícito jurídico e pecado religioso. Isso devido a não assimilarem ainda a idéia de sujeito de direitos. *Vide*: ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3.d. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 166.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 346.

Pierre Louis-Lucas, referindo-se ao sentido sociológico de nacionalidade, afirma que não é mais possível propor uma definição precisa e absoluta de nacionalidade, pois, os elementos que a constituem são múltiplos e variáveis, cujo exame cabe à Sociologia ou à Filosofia do Direito. O direito positivo se apropria da ideia de nacionalidade como uma união plenamente concluída. A nacionalidade (em Direito) é a única linha jurídica que une o indivíduo ao Estado como sujeito de direitos. Assim é que Louis-Lucas critica o uso da expressão “nacionalidade”, melhor seria chamar de “estatalidade”. Nos dizeres do autor: “le terme nationalité est, par le fait même, assez mal choisi et que celui d’étatitalité, par exemple, serait plus indicatif” .¹⁰

António Marques dos Santos, tratando da relação entre nacionalidade e *efectividade*, diz que toda nacionalidade é efetiva, ou seja, o vínculo de nacionalidade supõe uma ligação de carácter sociológico entre o indivíduo e o Estado, de tal modo que é possível se afirmar uma relação de pertença entre aquele e este. Tal ideia é subjacente à noção germânica de *Staatsangehörigkeit*, a qual literalmente significa pertença ao Estado.¹¹

Admitindo-se o conceito jurídico de nacionalidade apresentado, torna-se importante chamar atenção para: enquanto a nacionalidade (jurídica) como qualidade de ser sujeito de direitos e deveres de um Estado pode ser desfeita (opção de nacionalidade ou opção de apatria); a nacionalidade em sentido sociológico, devido ao acentuado viés espiritual (cultural) que lhe é característico, não se desfaz da mesma maneira (não é uma obrigação jurídica), é algo que habita intimamente o indivíduo, podendo-se se relacionar muito fortemente com a sua própria personalidade. Logo, só se pode falar de opção de nacionalidade em sentido jurídico. Bem como o termo “naturalização”, no sentido tratado nesta dissertação, se refere à aquisição de uma nova nacionalidade (em sentido jurídico).

1.3.Nacionalidade e Cidadania

Alguns livros escritos sobre nacionalidade no Brasil se lançam a estudar a distinção entre nacionalidade e cidadania. Muitos outros, não raramente, mesmo não se tratando de manuais de direito constitucional, confundem os conceitos, utilizando as expressões como se sinônimas fossem, em desrespeito à adjetivação estatal da nacionalidade em sentido jurídico e

¹⁰ LOUIS-LUCAS, Pierre. **La Nationalité Française: droit positif et conflits de lois**. Paris: Recueil Sirey, 1929. p. 1ss.

¹¹ SANTOS, António Marques dos. **Estudos de Direito da Nacionalidade**. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 279-281.

a multidimensionalidade da cidadania. Aqueles que enfrentam a diferenciação, por seu turno, costumam esboçar a ideia que liga cidadania ao gozo dos direitos políticos, sendo, portanto, um *plus* à nacionalidade. Dardeau de Carvalho, signatário desta concepção, afirma que o uso da expressão cidadania para designar a faculdade de gozar e exercer os direitos políticos (votar e ser votado) foi coloquializada pelos tratadistas do Direito brasileiro, lamentando-se que a Constituição de 1946 até então não tinha incorporado tal seguimento.¹²

Atualmente, em razão da estruturação sintática da Constituição de 1988, a cidadania é compreendida, pela maior parte da doutrina, como o estado de gozo dos direitos políticos. Portanto, quando a CF/88 fala em “cidadão”, refere-se àquele nacional apto a exercer tal classe de direitos. Quando fala em “brasileiro”, reporta-se ao nacional, apenas. José Afonso da Silva diz que a termo “cidadão” suscitou controvérsias na vigência das Constituições de 1946, 1967 e 1969. Contudo, sob a ordem de 1988, a doutrina e a jurisprudência são firmes no entendimento de que a expressão cidadão se resume ao nacional no gozo dos direitos políticos. É desse modo que a Constituição ao dizer no art. 5º, LXXIII, que a ação popular pode ser impetrada por “qualquer cidadão”, refere-se àqueles que estão aptos a exercer os direitos políticos.¹³

Por outro giro, a perspectiva acima aludida, ao reduzir o problema à temática dos direitos políticos, traduz-se numa concepção tipicamente burguesa e, portanto, empobrecida, de cidadania. Com efeito, trata-se de uma maneira de enxergar a questão ainda situada no estágio evolutivo que precede o Estado Democrático Substancial de Direito.

Nesse sentido, parece que em raciocínio adequado procedeu Vera Regina Andrade ao alertar das características multifacetárias da cidadania quanto aos aspectos históricos, políticos, sociológicos, filosóficos e econômicos. Ato contínuo faz crítica ao fato de a cidadania aparecer no discurso jurídico dominante como categoria estática e cristalizada muitas vezes confundida com a nacionalidade pela doutrina ou atrelada à possibilidade de exercer os direitos ligados ao sufrágio, tal qual ocorre em sua inscrição na Constituição de 1988.¹⁴

Pérez Luño diz que a cidadania no século XXI é uma das categorias mais assíduas e umbilicalmente invocadas na esfera dos direitos fundamentais, tendo diversos significados conforme seus usos políticos, filosóficos, sociológicos ou jurídicos. O autor tenta dividir tais

¹² CARVALHO, A. Dardeau de. **Nacionalidade e Cidadania: lei n. 818 de setembro de 1949**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 294.

¹³ SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 170-171.

¹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 13.

usos conforme as seguintes contraposições: descritivo/prescritivo, teórico/pragmático, natural/político, global/local, universal/particular, unilateral/multilateral. Lembra Perez Luño, inclusive, que a noção de cidadania se origina da Grécia Antiga por meio das relações estabelecidas entre o indivíduo e a Pólis. Refere-se à noção aristotélica de “animal político”. Conforme o autor espanhol, na modernidade jurídica, a Cidadania, os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito são realidades que se condicionam e se implicam mutuamente. Desse modo, os direitos fundamentais constituem o fundamento de legitimidade do Estado de Direito e o conteúdo da cidadania.¹⁵

Thomas Marshall foi um dos maiores responsáveis pela ampliação do conceito de cidadania liberal-individualista para incluir a proteção aos direitos sociais. Segundo o autor, a cidadania não se deveria limitar ao exercício formal dos direitos políticos, pelo fato de a qualidade de cidadão implicar o pleno e efetivo gozo de todos os direitos fundamentais, inclusive os decorrentes de ações estatais afirmativas. Não proceder dessa forma seria limitar a cidadania a uma classe econômica. A obra de Marshall é acentuadamente sociológica. Desse modo, lança-se o autor a analisar e a propor modificações em setores específicos da implementação dos direitos sociais: habitação, saúde, educação, assistência social, dentre outros.¹⁶

As referências feitas acima sobre a cidadania, categoria com desdobramentos teóricos mais sociológicos e filosóficos que a nacionalidade em sentido jurídico, servem para demonstrar que nem a cidadania se limita à titularidade dos direitos políticos, nem carece da estatalidade, como necessita a nacionalidade, para atingir seus fins. Assim também é que se pode falar, por exemplo, que o Direito Comunitário é Direito de cidadania e não de nacionalidade. O indivíduo deve possuir a nacionalidade de um dos Estados integrantes da Comunidade, mas pode exercer seus direitos de cidadania em todo território comunitário, a depender do nível de integração da comunidade política em análise. Nesse sentido, a cidadania parte da nacionalidade, mas, posteriormente, assume ambições sociológicas e filosóficas específicas.

Também não se deve afirmar que quem é apátrida não pode exercer a cidadania. A maior parte dos ordenamentos estatais não nega os direitos de primeira dimensão a quem é estrangeiro ou não tem nacionalidade (amparados pela Convenção sobre o Estatuto dos

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadanía y Definiciones. In: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Doxa, nº 25, p. 177-211, 2003. p. 177-184. Pérez Luño é autor de outras obras onde analisa a riqueza do discurso da cidadania na atualidade. Nesse aspecto, pode-se citar: *La Ciudadanía y Sus Derechos en la Era de Internet; ¿Ciberciudadanía o Ciudadanía.com?;* *La Ciudadanía en las Sociedades Multiculturales.*

¹⁶ MARSHALL, Thomas. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 57ss.

Apátridas de 1954) e muitos, inclusive, já concedem direitos sociais aos não-nacionais, como moradia, saúde,¹⁷ trabalho, educação e outros mais. Assim, pode-se afirmar que um estrangeiro pode exercer a cidadania (viver dignamente) num determinado país, mesmo sem possuir nacionalidade. Em que pese a nacionalidade ser a maior garantia ao exercício da cidadania que existe, como produto do dever de amparo que tem o Estado para com seus nacionais. Ser apátrida não significa despossuir a titularidade dos direitos humanos. Por essas diferenças é que se poderá, talvez, um dia falar em cidadania mundial, mas nunca em nacionalidade mundial, por ser conceito atrelado à estatalidade.

Por outro lado, existe uma explicação para se confundir nacionalidade com cidadania, pois ambas possuem raízes eminentemente modernas. O livro *História da Cidadania*, organizado por Jaime e Carla Pinsky, deixa claro três momentos distintos na história da teoria da cidadania. A *pré-história da cidadania*, que vai do monoteísmo hebraico, com os profetas sociais e o deus da cidadania pregando que todos os homens são filhos do mesmo pai, ao Renascimento. *Os alicerces da cidadania*, que abrange as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, as quais se desenvolveram com espeque nas teorias burguesas da cidadania, proclamando os direitos de liberdade. E o *desenvolvimento da cidadania*, que, a partir das teorias socialistas de Estado, ampliou o conceito de cidadania para incorporar temas como os direitos da mulher, das minorias, ao meio ambiente equilibrado, dentre outros.¹⁸

Benito Aláez Corral sustenta que existe uma aproximação histórica entre nacionalidade (*Staatsangehörigkeit*) e cidadania (*Staatsbürgerschaft*), pois, ambas são derivadas das circunstâncias histórico-políticas que deram ensejo ao nascimento e à consolidação do Estado-nação a partir do século XVII. E, por outro lado, existe uma separação funcional entre as mesmas. Enquanto a nacionalidade é uma categoria excludente, isto é, separa os indivíduos entre nacionais e não-nacionais (ou ainda: natos e naturalizados), a cidadania é uma categoria incluyente, ou seja, procura abranger sobre o raio de sua atuação o maior número de indivíduos possíveis.¹⁹

¹⁷ O Comitê Europeu de Direitos Sociais já decidiu desfavoravelmente a França em virtude da alteração, em sua legislação interna, de normas que permitiam o acesso a serviços de saúde pública aos imigrantes ilegais. **Vide: International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France, Complaint No. 13/2003, European Committee on Social Rights.** Disponível em: <http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?attribLang_id=13441&doc_id=414627>. Acesso em: 12 jun. 2009.

¹⁸ **Vide: PINSKY, Carla Bassanezi; PINSKY, Jaime (organizadores). História da Cidadania, 2ª ed.** São Paulo: Contexto, 2003.

¹⁹ CORRAL, Benito Aláez. **Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia: ¿a quién pertenece la constitución?** Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. pp. 6ss, 22ss.

A cidadania possui (ampla) densidade sociológica, não identificável na nacionalidade em sentido jurídico, o que a aproxima da ideia de efetividade. Para Aléez Corral, devido à perspectiva inclusiva da cidadania, esta apresenta diversos graus de efetividade. O que chama o autor de *los diversos grados de ciudadanía em el ordenamiento constitucional democrático*; que faz a cidadania possuir um conteúdo variável e uma natureza dinâmica, dialogando com os princípios da igualdade formal e substancial no Estado Democrático.²⁰

Perceba-se que a efetividade da cidadania se liga ao cumprimento das normas classificadas por Dworkin como diretrizes ou políticas. Para o autor, as diretrizes teriam um espectro normativo próprio, não se confundindo com as regras e os princípios. As políticas, em Ronald Dworkin, dizem respeito à espécie normativa que designa metas sociais a serem alcançadas por uma comunidade nos diversos setores da vida social. Como padrão normativo deve integrar-se ao conjunto e não repudiá-lo. Assim, pois, é que fazem referência a objetivos sociais que devem ser alcançados, por serem considerados socialmente benéficos.²¹

1.4. Natureza e Conteúdo Jurídicos da Nacionalidade

Embora nem sempre esclarecida, interessante e fundamental é pergunta sobre qual é a natureza jurídica da nacionalidade. Não se cuida aqui de analisar as correntes contratualistas inspiradas em Rousseau ou as correntes consideradas jurídicas inspiradas em Kelsen, as quais tentam explicar, a partir do princípio das nacionalidades (princípio de raiz sociológica e filosófica segundo o qual cada nação tem o direito de se organizar como Estado), qual a natureza do instituto. Parte-se da premissa já consagrada de que a nacionalidade é um vínculo jurídico-político que une o indivíduo ao Estado para se indagar se tal elo constitui-se como uma relação jurídica, um *status* ou um direito, ou todos ao mesmo instante.

Segundo Aléez Corral, não se há mais como negar a natureza de direito da nacionalidade, sobretudo devido ao apoio das declarações internacionais de direitos. Quanto à abordagem do instituto como *status*, diz o mencionado autor estar em declínio, pois a influência processada pela cidadania como instrumento democrático inclusivo tende a diminuir as diferenças entre nacionais e estrangeiros em sede de direitos. Por derradeiro, diz Corral que mais importante do que definir a nacionalidade como direito ou como *status* é

²⁰ CORRAL, Benito Aléez. **Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia: ¿a quién pertenece la constitución?** Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. pp. 195ss, 217ss, 232ss.

²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 35-46.

admiti-la como uma relação iusfundamental que assegura ao nacional uma série de direitos exclusivos, sobretudo o direito a ter direitos.²² Desse modo, pode-se afirmar que a nacionalidade funciona como a mais importante garantia a ter direitos e a pertencer a uma organização jurídico-política estatal.

Durante a perseguição aos judeus operada pelo Terceiro *Reich*, Hannah Arendt sofreu a perda arbitrária da nacionalidade alemã, tornando-se apátrida.²³ Sobre a relevância da nacionalidade como garantia do direito a ter direitos, disse Arendt: “o apátrida, sem direito à residência e sem o direito de trabalhar, tinha, naturalmente, de viver em constante transgressão à lei. Estava sujeito a ir para a cadeia sem jamais cometer um crime”. O apátrida para a autora tinha contra si a inversão de toda hierarquia de valores existentes nos países considerados civilizados. Desse modo, afirma: “uma vez que ele constituía a anomalia não-prevista na lei geral, era melhor que se convertesse na anomalia que ela previa: o criminoso”. Sustenta Arendt que, como criminoso, o apátrida não seria tratado pior que os demais criminosos, possuindo o breve direito a ser igualmente cuidado. Nas palavras da autora: “só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei. Enquanto durem o julgamento e o pronunciamento de sua sentença, estará a salvo daquele domínio arbitrário da polícia, contra o qual não existem advogados nem apelações”.²⁴

Aláez Corral identifica o conteúdo da nacionalidade a partir de dois elementos: o *demos* e o *ethos* da nacionalidade. *Demos* diz respeito aos direitos de participação democrática. Importante não restringi-los ao gozo dos direitos políticos. *Ethos* se refere à identidade cultural, ao sentimento de pertencer a uma organização política.²⁵

1.5. Opção de Nacionalidade

Os poucos estudos monográficos feitos no Brasil com o uso do título deste tópico parecem confundir *opção de nacionalidade* com *nacionalidade potestativa*. Isso provavelmente se deve ao fato de a própria Constituição utilizar o termo “optar”. Diz seu art.

²² CORRAL, Benito Aláez. **Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia: ¿a quién pertenece la constitución?** Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. pp. 112-115.

²³ A partir de análises da nacionalidade alemã em sentido sociológico, creditou as origens do anti-semitismo à formação do Estado nação alemão após a unificação, escrevendo nos Estados Unidos a obra *The Origins of Totalitarianism*, a qual creditou a autora como um dos nomes de maior prestígio na teoria política no século XX.

²⁴ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. pp. 119-120.

²⁵ CORRAL, Benito Aláez. **Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia: ¿a quién pertenece la constitución?** Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 101ss.

12, I, “c”, com a nova redação dada pela EC nº 54/2007, serem brasileiros natos: “os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira”.

Francisco Wildo Lacerda Dantas trata de opção de nacionalidade como sendo hipótese de aquisição de nacionalidade brasileira: “a opção pela nacionalidade constitui um modo de aquisição de nacionalidade que se mostra como um misto do critério do jus sanguinis, vínculo territorial e manifestação de vontade do interessado”.²⁶ Vera Lúcia Jucovsky também parece tratar a opção de nacionalidade como hipótese de aquisição da nacionalidade.²⁷

Por outro lado, talvez seja necessário tomar cuidado com a utilização do termo opção de nacionalidade para designar a hipótese de nacionalidade potestativa positivada pela CF/88, pois optar significa exercer a faculdade de opção, decidir-se por alguma hipótese dentre as possíveis. Se se trata de opção em Direito (opção jurídica – tal como a opção jurídica de nacionalidade), corresponde à faculdade de escolher um entre dois ou mais direitos, coisas, obrigações ou situações jurídicas.²⁸

Perceba-se que opção significa escolher um entre dois ou mais caminhos diversos (opções). Estabelece, por exemplo, o art. 38, II, da Constituição que: “investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração”. Isto é, cabe ao servidor escolher, com base na faculdade que lhe confere a lei, qual remuneração receberá: a do cargo que ocupava ou a de prefeito. Ou o parágrafo único do art. 1.640 do Código civil: “Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas”. Significa que os nubentes deverão optar por somente um dos regimes de bens.

²⁶ LACERDA DANTAS, Francisco Wildo. Procedimento Especial de Naturalização e de Opção de Nacionalidade. *In: Procedimentos Especiais Cíveis e Legislação Extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 681.

²⁷ JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. Opção de Nacionalidade. *In: Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade*. Campinas: Millennium, 2006. p. 290ss.

²⁸ Washington dos Santos informa que “opção” significa: *Direito da escolha, isto é, a capacidade de optar que o indivíduo tem, escolhendo a alternativa que mais lhe convier ou mais lhe agrada*. Na sequência, apresenta os seguintes exemplos: “assim, foi dado aos antigos empregados estáveis o poder decisório de optar entre a estabilidade ou a sua perda, ficando sujeitos à legislação do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço); a pessoa que adquire uma determinada coisa com vício redibitório tem o direito de opção em recusar a coisa, rescindindo o contrato da aquisição da coisa, ou reclamar abatimento no seu preço” (CC, arts. 1.101 e 1.105). Vide: SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 174

Além de disso, na Teoria Jurídica da Nacionalidade, a ideia de opção sempre esteve relacionada à ideia de conflito positivo de nacionalidades.²⁹ O que não se dá no caso da nacionalidade potestativa, já que aquele que “opta” pela nacionalidade brasileira não perde a outra nacionalidade, se a tiver. Esclareceu Pontes de Miranda: “mas os efeitos da opção só são referentes à sua nacionalidade, nunca os referentes à outra, ou outras que componham a polipatria. Perceba-se que opção pela”³⁰ nacionalidade não é o ato jurídico, mas um elemento de tal ato.

O termo opção de nacionalidade, no sentido utilizado nesta dissertação, foi empregado pela primeira vez no Tratado belga-holandês de 19 de abril de 1839. Pontes de Miranda chama de “princípio da optabilidade por uma nacionalidade”. Os casos clássicos de opção de nacionalidade (conforme foi um dos exemplos o objeto do Tratado supra-referido) são os da sucessão de Estado (casos de guerra, independência, dentre outros), modificação territorial ou mudança de soberania. Porém, não impede que seja utilizado para desfazer a polipatria. O constitucionalista em suprarreferido disse: “é direito das gentes o de optar por uma das nacionalidades que adquiriu, ou por uma que se tem, se outra se lhe oferece, ou pela que se lhe oferece”.³¹

A Convenção de Montevideu de 1993, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.572 de 1938, assinala em seu art. 4º: “no caso de transferência de uma parte do território de um dos Estados signatários a outro destes, os habitantes da parte transferida não se deverão considerar nacionais do Estado, ao qual se tenha feito a transferência, salvo se optarem expressamente pela mudança da sua nacionalidade de origem”.

²⁹ No rigor da palavra, a perspectiva de conflito positivo de nacionalidade já se encontra em superação. Como bem disse Antônio Brasileiro da Costa, não existe conflito de nacionalidades, as nacionalidades coexistem. O que se pode suscitar à Corte Internacional de Justiça é o conflito negativo de nacionalidade, devido ao compromisso internacional de se evitar a existência de apátridas. É por esta razão que se utiliza a regra segundo a qual, não se podendo atribuir nacionalidade a um indivíduo pelos critérios válidos nos ordenamentos jurídicos em que seus ancestrais estejam ou estiveram vinculados, será declarado nacional do país onde nasceu. Seria, por exemplo, o caso do filho de apátridas que nasce em país que adota o *ius sanguinis* de modo puro, como único critério de atribuição de nacionalidade. Por esta mesma razão, os ordenamentos jurídicos evitam fazer uso de apenas um critério de aquisição do mencionado vínculo jurídico-político. *Vide*: COSTA, Antônio Brasileiro da. **Nacionalidade**. Belo Horizonte: UFMG, 1965. p. 63ss. Também se poderia levar à Corte Internacional de Justiça caso de perda arbitrária de uma nacionalidade, mesmo sem que seu titular tenha por isto se tornado apátrida.

³⁰ No mínimo, parece ser necessário diferenciar: “opção **de** nacionalidade” de “opção **pela** nacionalidade”, se se deseja seguir a expressão do dispositivo constitucional sem se negar, contudo, a origem histórica da regra da optabilidade por uma nacionalidade e o seu conhecimento. Já na década de 1960, Luís Dilermano, ainda que numa perspectiva não-progressista, procedeu dessa maneira. *Vide*: CRUZ, Luís Dilermano de Castello. Opção Inconstitucional pela Nacionalidade brasileira: criação fraudulenta de brasileiros natos. *In*: **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. nº 37, p. 59-65, ano 19, jan./dez., 1963.

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 372-404.

O “princípio da optabilidade por uma nacionalidade”, como denomina Pontes de Miranda, surge então na história do direito à nacionalidade como um capítulo ligado às ideias de liberdade veiculadas pelos Tratados de Paz celebrados entre os Estados. Nas hipóteses de anexação de territórios ou de sucessão de Estados, os indivíduos que nele habitavam não deveriam ser tomados como parte integrante do território, mas sim como membros da dimensão pessoal do Estado. E se o Estado anexado não deixou de existir, têm eles o direito de optar por uma das duas nacionalidades possíveis. Não se deve, portanto, levar os indivíduos junto com o território, por comporem eles a dimensão pessoal, e não geográfica, do Estado. O que implica a necessidade de consentimento dos indivíduos em aceitar a nova pátria ou manterem-se na qualidade de membros da estrutura jurídico-política que já compõem.

Doliger fala do direito de não perder a nacionalidade. Segundo o mesmo:

na hipótese do território anexado, assim como não estão as pessoas nele domiciliadas obrigadas a adquirir a nacionalidade do Estado anexante, têm elas o direito de manter sua nacionalidade original, desde que o respectivo Estado não tenha desaparecido com a anexação. Este direito não foi respeitado em muitos períodos da história moderna.³²

A opção jurídica de uma nacionalidade, necessariamente, implica a renúncia ou perda da(s) nacionalidade(s) que lhe(s) antecede(m). Nesta dissertação, analisar-se-ão os dois casos mais frequentes da opção de nacionalidade, tomando o ordenamento jurídico brasileiro como objeto, quanto ao *mister* de reduzir a polipatria. O uso original da regra fica apenas para este tópico em nível de esclarecimento e contextualização histórica, com vistas a evitar confusões entre conceitos.

Não se deve tratar a opção de nacionalidade como modo ou critério para aquisição do vínculo jurídico-político em sede de nacionalidade potestativa. Por desembocar-se, assim, em imprecisão terminológica de conceitos. Potestativo diz respeito àquilo cujo implemento depende da vontade de uma das partes, como já se usa secularmente na disciplina das condições contratuais em Direito Civil. O critério para a aquisição da nacionalidade potestativa é o *facultas sanguinis*, no caso brasileiro. Trata-se de avanço constitucional para se evitar a apatria num país cuja vocação originalmente imigratória, agora, parece mudar de sentido. *Facultas*, porque depende da vontade do interessado, *sanguinis*, porque carece de prova da ascendência brasileira do titular da nacionalidade.

³² DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**, 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 167.

Para Dardeu de Carvalho opção de nacionalidade nada mais é do que uma das formas por onde se pode operar a naturalização. Tal opção se distingue nitidamente de outras modalidades por, justamente, supor a coexistência de duas ou mais nacionalidades, entre as quais se efetua a escolha. Segundo o autor, optar é: “determinar-se por alguma coisa entre outras; é dar preferência, escolher”.³³ Note-se que Dardeau de Carvalho é preciso quanto à necessária escolha de uma entre duas ou mais nacionalidades e que é por meio de tal procedimento que se opera a naturalização. Assim, é preciso se atentar que a hipótese de nacionalidade potestativa prevista pela CF/88 não diz respeito à naturalização, mas, opostamente, se cuida de caso de nacionalidade originária.

1.6. Opção de Nacionalidade e Vontade

No tema da opção de nacionalidade jurídica, a relação que se estabelece entre o Estado e a vontade do indivíduo em exercer uma nacionalidade que tem direito ou que lhe é oferecida é o ponto da maior importância na atualidade. Nada neste tema pode ser suficientemente esclarecido à margem do elemento volitivo em exercer uma nacionalidade. A maior parte dos ordenamentos jurídicos evoluiu e se adaptou no intuito de assimilar plenamente esse ponto, não só quanto à opção de nacionalidade, mas também quanto à nacionalidade em si. Aqueles que não o fizeram, ou não o fizeram plenamente, se encontram em grande atraso científico, em déficit latente com a técnica jurídica. No Brasil, por exemplo, já não mais existe a naturalização tácita depois de 1988, a naturalização já não se pode presumir. No mundo, já se sustenta o direito a não exercer uma nacionalidade, a não manter o vínculo jurídico-político com um Estado, se o titular assim deseja. Pontes de Miranda chama de “princípio da inconstrangibilidade a ter pátria”.³⁴

Conforme o notável Benito Aláez Corral: “no caben, pues, cambios de nacionalidad contra la voluntad de quien puede decidir qué vinculación quiere mantener con qué ordenamiento. Ni siqueira el argumento de su mayor integración política y social justifica la conculcación de este principio”.³⁵ Para Ilmar Penna Marinho, a vontade individual constitui hoje elemento tão indispensável em matéria de nacionalidade que, sem ela ou em detrimento

³³ CARVALHO, A. Dardeau de. **Nacionalidade e Cidadania: lei n. 818 de setembro de 1949**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 63.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 373.

³⁵ CORRAL, Benito Aláez. **Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia: ¿a quién pertenece la constitución?** Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y *Constitucionales*, 2006. p. 161.

dela, não é lícito, segundo o Direito das Gentes, a um Estado impor, a quem quer que seja, a aquisição de sua nacionalidade.³⁶

1.7. Direito das Gentes e Direito Estatal

Pontes de Miranda fala, em seus comentários às Constituições brasileiras, de um Direito considerado das Gentes.³⁷ Tal Direito não é diretamente ligado ao conceito de *ius gentium* dos romanos antigos, pois este era aplicado em contraposição ao *ius civile*: direito dos romanos. Portanto, na história do Direito Romano, o *ius gentium* surge atrelado à ideia de submissão: a lei aplicada aos povos submetidos a Roma. É nesse sentido que *ius gentium* para os romanos corresponde ao *Direito dos Povos* (submetidos). Já o Direito das Gentes, tipicamente moderno, corresponde ao consenso das nações firmado em normas superiores que influenciam todos os ordenamentos estatais. Tal influência não se restringe ao aspecto ético de conselhos ou metas, mas, com efeito, se tratam de consensos que definem normas cogentes a incidir na órbita dos Estados nacionais. Enquanto o *ius gentium* tem suas bases assentadas no favor que possibilitava os estrangeiros utilizarem determinados institutos típicos do *ius civile* para facilitar as relações comerciais com os romanos, o Direito das Gentes é baseado numa perspectiva de solidariedade. Um parte da ideia de submissão; o outro, da ideia de igualdade e independência.³⁸

Na teoria de Pontes de Miranda, não se pode confundir também o Direito das Gentes com o Direito Internacional Público, pois, tanto este quanto o Direito Internacional Privado correspondem a regras de sobredireito.³⁹ Direito sobre Direito (*Recht über Recht*). Regras de

³⁶ MARINHO, Ilmar Penna. **Tratado Sobre a Nacionalidade**, volume quarto: conflitos de leis em matéria de nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1961. p. 30.

³⁷ Em alguns julgados do STF também se percebe o uso da expressão Direito das Gentes, como são exemplos: ACi 9695, Relator(a): Min. Oscar Correa, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/1987, DJ 12-06-1987 PP-11857 Ement Vol-01465-01 PP-00127; Ext 524, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/1990, DJ 08-03-1991 PP-02200 Ement Vol-01610-01 PP-00058 RTJ Vol-00134-01 PP-00056; Ext 542, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/1992, DJ 20-03-1992 PP-03320 Ement Vol-01654-01 PP-00103 RTJ Vol-00140-02 PP-00436.

³⁸ Teixeira de Freitas diz que: “Direito das Gentes tem seu principal fundamento na perfeita igualdade, e omnímoda independência dos Corpos das Nações”. Vide: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Regras de Direito**. São Paulo: Lejus, 2000. p. 268. Mario Losano ao selecionar os três juristas que julgou se destacarem no período pós Independência das ex-colônias sulamericanas colocou o gênio baiano ao lado Andrés Bello (venezuelano) e Dalmacio Vélez Sársfield (argentino). Contudo, deixa claro que mesmo a obra codificatória de Teixeira de Freitas não tendo obtido imediato reconhecimento no Brasil, foi totalmente assimilada por Vélez Sársfield, influenciando amplamente o Código Civil argentino de 1869. Vide: LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 297-299.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 384. Disse o

sobredireito são regras sobre regras, isto é, regras sobre a produção de regras. Correspondem aos tratados e aos acordos internacionais firmados entre os Estados para regular suas relações normativas. É por meio dessas regras de sobredireito que os Estados devem-se pautar na produção de suas normas de direito interno em face das relações travadas entre si. Tome-se como exemplo o Estatuto da Igualdade de 1971 firmado entre Brasil e Portugal. O Direito das Gentes, por seu turno, possui normas de direito material que incidem e devem ser respeitadas. Tais normas não pautam apenas as relações entre os Estados como sujeitos de Direito Internacional Público, mas também se estendem a como devem ser tratados os indivíduos: nacionais, estrangeiros ou apátridas, pelos direitos internos. Tome-se como exemplo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948. O Direito das Gentes, pois engloba os direitos humanos. Já que o Direito Internacional Público não tinha preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos. Sustenta Pontes de Miranda que “existe sociedade por sobre os Estados”. Existe vida social (civilizada) além do âmbito estatal. Existem outros Estados, existem indivíduos, existem Nações Unidas ou coisa que o valha no futuro. Refuta então Pontes de Miranda a soberania do mais forte proclamada por Hobbes no âmbito das relações internacionais. Desse modo é que o Direito das Gentes não é o direito estatal externo.⁴⁰

Pontes de Miranda não parece incorrer em falso raciocínio ao defender que existe sociedade civilizada para além da estatalidade. Ralph Linton sustenta que ao se falar de sociedade, deve-se ter em mente o conjunto de pessoas cujo comportamento se desenvolve através de padrões culturais comuns.⁴¹ Como se verá adiante, no capítulo seguinte desta dissertação, já existe no plano internacional o reconhecimento da interculturalidade (Direitos Humanos) como guia das relações entre Estados e entre pessoas. João Maurício Adeodato chama esse fenômeno de ambiência jurídica como o único espaço ético comum.

Já existem estudos sobre a qualificação do indivíduo como sujeito de direitos no plano supraestatal. Para Denise Silva de Souza as normas de Direito Internacional têm se dirigido nos últimos tempos diretamente ao indivíduo. O que deixa clara a possibilidade de os seres humanos demandarem em condições de igualdade com os Estados que infringirem seus direitos. Assim, evidencia-se a nitidez da configuração da personalidade internacional do

mesmo autor: “o direito internacional privado é direito sôbre a incidência de determinado direito, o privado (e não sôbre a elaboração e a incidência dos direitos, o que seria direito das gentes)”. Vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 95.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. pp. 86ss, 211ss.

⁴¹ LINTON, Ralph. **O Homem: uma introdução à antropologia**, 12ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981. p. 114-115.

indivíduo.⁴² Flávia Piovesan fala em *Justicialização do Direito Internacional*. Na letra da autora: “testemunha-se hoje o processo de justicialização do Direito Internacional, com a certeza de que não basta apenas enunciar direitos, mas protegê-los e garanti-los”.⁴³

Carlos Roberto Husek, ao lembrar que o Direito Internacional se preocupa com homem apesar das relações internacionais ainda serem normalmente dominadas pelos Estados, diz que: “parece natural levar em conta o homem, porque o Direito é, por si só, uma expressão da vontade humana, e, por mais técnicas que sejam suas regras, voltam-se elas, em última análise, para o ser humano”. Não se pode ter o Direito Internacional como um direito dos Estados, pois, atrás de suas linhas, em última análise, aparece o homem. As normas de Direito Internacional visam a proteger aqueles que vivem sob a influência das ordens internas. No texto de Husek: “o Homem, não importa o Estado, é um cidadão do mundo e, como tal, deve ser protegido”. Posteriormente, faz uma análise que se aproxima do conceito de incidência em Pontes de Miranda, quando afirma: “onde há direitos subjetivos, há personalidade, sendo impossível negá-los onde norma os declare, pouco importando que se alcance o gozo ou o exercício de tais direitos através de procedimentos diretos ou indiretos, simples ou complexos, segundo a construção normativa estabelecida”. Posteriormente, Husek observa que na própria ordem interna pode ocorrer de todos os indivíduos terem capacidade de direito e nem todos a terem de fato. O que não invalida o conceito científico.⁴⁴

O Direito das Gentes é o direito da mais larga esfera da Terra. Enquanto o direito estatal incide em todo o território do Estado ou sobre seus nacionais, o Direito das Gentes aspira à efetividade universal. “Das gentes” não significa só interestatal (internacional). O Direito das Gentes não é apenas o direito da comunidade dos Estados. Conforme o engenho ponteano “o caráter envolvente do Direito das Gentes permite que as esferas contidas cresçam, decresçam, se partam, se juntem, se transformem e deformem, sem que se reflita na camada superior, definitiva (em conceito), do direito das gentes, que é o direito da esfera mais vasta.”⁴⁵

Pontes de Miranda não fala em pirâmide de normas como Hans Kelsen. Usa a expressão degraus. Para o autor, as normas jurídicas estão em degraus. Tais degraus não

⁴² SOUZA, Denise Silva de. **O Indivíduo como Sujeito de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 58. Mais adiante fala a autora em um Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo autônomo que visa especificamente à proteção e promoção dos direitos humanos em nível internacional.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 16.

⁴⁴ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 4.d. São Paulo: LTr, 2002. pp. 221-223.

⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. pp. 218-219.

formam uma pirâmide onde no ápice se encontra a Constituição de um Estado, não existe um documento único na teoria ponteano donde derivariam todas as outras normas.

Questão importante em Pontes de Miranda sobre o Direito das Gentes é a da competência. Diz o autor que o Direito das Gentes não possui uma competência definida, tratando daquilo que lhe interessa (pode ser sobre direito privado, penal, tributário, dentre outros), por exclusão, dá-se a competência dos Estados nacionais para legislar. Naquilo que nada diz o Direito das Gentes são livres os Estados para legislar. Essa é a regra geral. No direito das nacionalidades, matéria que interessa ao Direito das Gentes, tem-se como a norma liberdade dos Estados para legislar. Pontes de Miranda chamada de “princípio da atribuição estatal da nacionalidade”.⁴⁶

Por outro lado, afirma o autor em estudo que, muito embora caiba aos Estados dizer quais são os seus nacionais e os seus cidadãos, não podem eles, depois de usar desse direito de legislar sobre a sua nacionalidade e cidadania, fugir aos deveres de Direito das Gentes que decorrem de tal atribuição da qualidade de nacional ou cidadão. Não podem eles, por exemplo, recusar-se a recebê-los.⁴⁷ Então, tem-se que Pontes de Miranda reconhece a coexistência de duas ordens jurídicas distintas: uma estatal e outra além do Estado, sendo essas esferas de ordenamentos (a primeira complementar à segunda) um pressuposto ao estudo dos direitos fundamentais em sua teoria, dentre eles, a nacionalidade. O Direito das Gentes circunda o Direito Interno, delimitando-o. O Direito Nacional, a cargo do poder estatal, preenche todo o espaço legislativo que lhe é outorgado pela esfera mais larga. Em essência, a disciplina da nacionalidade é matéria que interessa ao Direito das Gentes, mas este delegou aos Estados o poder de definir quem são seus nacionais.

1.8. Proibição de perda arbitrária da nacionalidade

No plano do Direito das Gentes, tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 como o principal diploma sobre os direitos humanos. Nela, são proclamadas duas normas sobre nacionalidade. Acham-se no art. XV, 1 e 2. Dizem: “1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.”; “2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.” A Convenção Americana de

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 368.

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. pp. 349-350.

Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), de âmbito continental, repetiu para os países signatários os princípios já definidos em 1948 na Declaração mencionada e acrescentou aos mesmos em seu art. 20, 2 que: “Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra”. Observe-se que a norma acrescida é regra que deriva diretamente do princípio grafado na Declaração de Direitos do Homem de 1948, segundo o qual toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

Flávia Piovesan diz que a Declaração de 1948 foi aprovada por 48 dentre os 56 países que participaram da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, tendo sido registradas oito abstenções e nenhum voto contrário. Acrescenta a autora que, por não ter havido nenhum questionamento ou reserva dos Estados e nenhum voto contra, a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 possui *status* de Código.⁴⁸ Atualmente, mais duzentos países são signatários da referida Declaração. A *Constitución Española de 1978*, por exemplo, prevê expressamente em seu art. 10, 2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Observe-se que, em se admitindo a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 como o principal diploma de Direito das Gentes e iniciando o estudo da nacionalidade sob o prisma de seus dispositivos, deve-se reconhecer a natureza principiológica da norma que proíbe a perda arbitrária de uma nacionalidade, devido ao seu alto teor de generalidade. O que é uma perda arbitrária de nacionalidade? O que diz que uma nacionalidade foi perdida arbitrariamente? Crê-se que a resposta para a esta pergunta só pode ser dada pelo costume internacional. A Corte Internacional de Justiça declara no art. 38, 2, como uma de suas fontes o costume internacional. Carlos Roberto Husek afirma que fonte é o modo pelo qual o Direito se manifesta. Nas palavras dele: “é clara a figura do curso d’água e a nascente desta”.⁴⁹ O modo como os Estado de Direito atuais positivam as formas de perda de nacionalidade é que são capaz de identificar o que é uma perda arbitrária de nacionalidade e o que não o é. Torna-se necessário analisar o sentido em que caminha o curso d’água e as razões jurídicas que se encontram em sua nascente.

A Constituição de 1824, por exemplo, previa que o brasileiro enquadrado nas seguintes hipóteses: “o que sem licença do Imperador aceitar Emprego, Pensão, ou

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 145.

⁴⁹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 31.

Condecoração de qualquer Governo Estrangeiro” (art. 7º, II) e “o que for banido por Sentença” (art. 7º, III), não faria mais ius à nacionalidade brasileira. A Constituição de 1891, por seu turno, estabelecia que o brasileiro por aceitação de emprego ou pensão de Governo estrangeiro, sem licença do Poder Executivo federal (art. 71, §2º, “b”), perderia a nacionalidade brasileira. Quanto aos estrangeiros, rezava que “os estrangeiros, que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem” (art. 69, “4º”) e “os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade” (art. 69, “4º”), seriam considerados brasileiros com a perda automática da nacionalidade anterior. Essa é a considerada naturalização tácita. Contudo, todas as hipóteses retro-transcritas, são, na atualidade, consideradas causas arbitrárias de perda da nacionalidade. Algumas delas subsistiram depois da proclamação Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, mesmo sendo o Brasil signatário, mantidas no ordenamento brasileiro até 1988. Nenhuma norma de Direito das Gentes veio dizer que estas eram hipóteses de perda arbitrária da nacionalidade brasileira. Apenas, o costume internacional, a forma como a comunidade dos Estados foi abolindo uma a uma tais hipóteses, junto com as razões jurídicas para tal abandono é que fizeram compreender a incompatibilidade das mesmas com a Democracia.

Antes de analisar em como a regra da optabilidade por uma nacionalidade foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro (matéria dos dois últimos capítulos da dissertação), cumpre fazer um estudo sobre as normas constitucionais inconstitucionais, devido à previsão feita pelo constituinte originário de que os brasileiros que adquirem outra nacionalidade voluntariamente, fora das exceções previstas pela CF/88, devem perder a nacionalidade brasileira.

2. NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

2.1. Justificativa. 2.2. Introdução. 2.3. Estatalidade *versus* Supraestatalidade. 2.4. Teorias sobre a Soberania. 2.5. Teoria(s) do Poder Constituinte. 2.6. A Internacionalização do Poder Constituinte. 2.7. Limites materiais e formais ao Poder Constituinte. 2.8. Ordenamento Jurídico e Sistema Jurídico. 2.9. Fontes do Direito Constitucional e unidade do Sistema Jurídico. 2.10. O que pode ser considerado norma constitucional inconstitucional? 2.11. Controle da constitucionalidade.

2.1. Justificativa

O presente capítulo da dissertação se justifica em face de ter-se feito uso nesta dissertação da teoria de Pontes de Miranda sobre a nacionalidade, segundo a qual existe o primado do Direito das Gentes sobre o Direito Nacional. Optou-se por anteceder-lo às hipóteses de opção de nacionalidade a serem investigadas nos próximos capítulos e anteceder-lo ao capítulo de abertura onde se discorre sobre nacionalidade e opção de nacionalidade, inserindo-se o conceito de Direito das Gentes em Pontes de Miranda. Outro fator da necessidade do capítulo é ser a matéria da nacionalidade formalmente constitucional no Brasil e já que se parte do primado do Direito das Gentes, tornou-se relevante. O tema em análise, pela complexidade que lhe é imanente, merece uma monografia de grande extensão. Cada um dos tópicos que foram selecionados para este estudo (tais como teorias da soberania ou teorias do poder constituinte), de sua sorte, também são dignos de serem abordados por obras específicas, tais quais as já publicadas, conforme deixam claro as referências feitas. Aqui se tentou transcorrer todos esses ricos temas, que guardam conexão com o das normas constitucionais inconstitucional naquilo que se julgou mais importante. Não se desejou atacar nenhuma norma constitucional específica, de modo que todos os exemplos citados são apenas ilustrativos para esclarecer como o conflito pode hipoteticamente ocorrer, em face da concepção de muitos, segundo a qual tais conflitos não são nem imagináveis, negando-se a possibilidade de enfrentamento em termos de direito positivo como pugna Ivo Dantas e Rafaella Lacerda.

2.2. Introdução

Normas constitucionais inconstitucionais, no sentido que aqui se intui abordar, não consistem em normas injustas que contrariam os direitos naturais do homem, universalmente

válidos a qualquer tempo e em qualquer lugar por emanção de Deus ou da razão ou de qualquer outra fonte. Em que pese toda importância histórica da teoria dos direitos naturais e toda influência que exerceu e exerce na formação da sociedade atual, este não mais seria um argumento apto, pois, tal abordagem desembocaria numa questão de fé e não numa questão de ciência.

Quando se coloca o problema das normas constitucionais inconstitucionais deve-se ter em mente o que se chama de *inegabilidade dos pontos de partida*, ou seja, uma norma jurídica só pode ser confrontada com outra norma jurídica. Trata-se de postulado do direito dogmático moderno. Como explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior, uma norma jurídica só pode ser recusada com base em outra norma jurídica.⁵⁰

Na atualidade democrática, quem suscita a inconstitucionalidade de uma norma inconstitucional tem como alvo uma regra constitucional originária que impõe um dever ou um privilégio concedido a alguém ou a algum grupo. Normalmente, a argumentação de sua inconstitucionalidade se dá em face de um princípio da Constituição ou de um princípio contido em Declaração Internacional de Direitos. O problema das normas constitucionais inconstitucionais surge como uma questão de fato, isto é, uma falha do constituinte originário que leva à incoerência do ordenamento (questão de fato: o constituinte erra). Tal incoerência não pode ser resolvida pelos critérios científicos atuais para solucionar o conflito de normas: hierarquia, cronologia, ponderação.

Alguns doutrinadores, como Paulo Bonavides, dizem que tais tipos de ocorrência não são nem imagináveis. Realmente, as normas constitucionais inconstitucionais são uma anormalidade rara nos países democráticos. Por esta razão foi dito tratarem-se de uma questão de fato e não de direito, pois a lógica deontica atual não seria capaz de superar o conflito, por ser elaborada para tratar das situações normais. Na anormalidade, não tem como colaborar. O que, evidentemente, não retira sua importância e cientificidade.

O STF possui pronunciamento sobre hipótese de norma constitucional reputada como inconstitucional, cujo entendimento foi no sentido de não analisar o mérito por terem as normas o mesmo grau de hierarquia e legitimidade.

A presente dissertação confronta, no capítulo quarto, regra jurídica originária com princípio constitucional e com princípio da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1988. Daí a necessidade de se falar em supraestatalidade, soberania, poder constituinte, dentre outros pontos.

⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 95.

2.3. Estatalidade *versus* Supraestatalidade

Pontes de Miranda afirma que a teoria do primado do direito interno ganhou quase toda a doutrina do século XIX, pelo influxo de Spinoza e de Hegel.⁵¹ Isto porque, para Hegel, o Estado consiste num fim em si mesmo (Pontes chama de “divinização hegeliana do Estado”). Conforme o método dialético de Hegel, o indivíduo humano é a tese; a sociedade civil, a antítese; Estado síntese. Logo, a ideia moral não está no indivíduo, nem na sociedade civil, mas no Estado que é a síntese. Isto, para Hegel, seria a opção mais racional. Daí porque ser o Estado a fonte única do Direito – fonte primária e exclusiva, contrariando, assim, a própria finalidade do Estado (e do Direito) que, segundo Pontes de Miranda, são a salvaguarda e a conservação da sociedade. Disse o autor:

existe direito, porque existe sociedade; e não, sociedade, porque existe direito. No dilema árduo de sacrificar o direito ou de sacrificar a sociedade, deve o Estado sacrificar o direito. [...] O Estado não é um criador arbitrário do direito; é apenas um meio, perfectível, não exclusivo, nem só destinado a isso, de revelação de normas jurídicas.⁵²

Na verdade, o problema do conflito entre ordens de leis não é novo. Remonta há milênios, achando-se presente na Antígona do pré-socrático Sófocles, na qual, tratou da ideia de contradição entre as leis do direito natural e do direito positivo. A peça gira em torno da antinomia entre um édito baixado por Creonte – rei de Tebas –, norma esta que proibia a celebração fúnebre em honra de Polinices – irmão de Antígona –, combatente morto em defesa de Argos, e uma Lei universal-divina de que a família tinha o dever de enterrar piedosamente os familiares. Antígona entendia que tal Lei universal transcendia o poder de um soberano, aquele não passava de um decreto de um titular do Poder proibindo que se enterrasse determinada pessoa, pois ela teria agido em traição à Pátria. Antígona se levantou contra o chefe do governo perguntando: “de onde vem a tua ordem? Ela nasceu ontem. Enquanto o princípio que eu defendo é imemorial, não tem data. A tua ordem se dirige a um caso particular, mas o princípio comanda todas as nossas consciências”.⁵³

Por outro lado, apesar de parecer semelhante à noção de conflito de ordens de leis, a dicotomia entre estatalidade e supraestatalidade pertence à modernidade, pois, é neste âmbito teórico, que se pode examinar a teoria dos Estados nacionais. Para que haja supraestatalidade, é necessário que se tenha primeiro a estatalidade. Na Grécia Antiga ou na Idade Média, ainda

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 84.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 86.

⁵³ SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 54.

se vivia no círculo social das cidades e dos estamentos, respectivamente. Normas constitucionais inconstitucionais só podem ser investigadas em face da teoria do Estado Moderno.

Dentre os modernos, Immanuel Kant foi autor de um projeto filosófico que chamou de Paz Perpétua, no qual pugnou pela construção de uma nova ordem internacional. Kant não enxergava a paz perpétua como uma utopia, mas sim como a única possibilidade para a instalação de um Estado Mundial Pacífico e não exclusivamente europeu.⁵⁴ Conforme o autor, apenas os Tratados de Paz (normalmente bilaterais – *pactum pacis*) não eram suficientes para assegurar a estabilidade no plano das relações internacionais entre os Estados, para tanto seria imprescindível a criação de um órgão internacional responsável por promover a união entre as nações (Liga de Paz – *foedus pacificum*) através da promulgação de normas cogentes de aplicação imediata.⁵⁵ Tal desiderato cabe hoje, com todos os seus avanços e recuos, no plano da implementação, à Organização das Nações Unidas (ONU). Desse conjunto de argumentos, pode-se extrair que as normas internas que contrariem as disposições de tal órgão internacional (editadas com a estrita finalidade de assegurar a paz entre os Estados e, portanto, também limitadas) não merecem aplicação.

Pode-se apontar o segundo Gustav Radbruch como um precursor do problema das normas constitucionais inconstitucionais. Em seu famoso ensaio *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*, publicado pela primeira vez como circular dirigida aos estudantes de Heidelberg após a guerra em 1945, apontou que, além dos preceitos jurídicos positivados, existem também princípios fundamentais de Direito que são mais fortes que qualquer um deles. Desse modo, toda lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Tais princípios podem ser chamados de direito natural ou de direito racional, o que, entretanto, coloca os pormenores de tais princípios envoltos em grandes dúvidas. Disse o autor: “contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas”.⁵⁶

O Professor Otto Bachof da Universidade de Heidelberg, em 1950, despertou a curiosidade acadêmica – sem, contudo, fazer escola dentre os constitucionalistas da

⁵⁴ Kant assim se afastou de seus predecessores como Abbé de Saint-Pierre, que partiu de argumentos teológicos para assegurar a paz na Europa, restritivamente. *Vide*: SAINT-PIERRE, Abbé de. **Projeto para tornar Perpétua a Paz na Europa**. Brasília: Unb, 2003.

⁵⁵ KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: LP&M, 2008. p. 34.

⁵⁶ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 5.ed., revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974. p. 417.

atualidade⁵⁷ – ao defender que certas previsões do legislador constituinte originário poderiam ser interpretadas como inconstitucionais. Trata-se da sua sempre mencionada, mas, normalmente não aplaudida: *Normas Constitucionais Inconstitucionais? (Verfassungswidrige Verfassungsnormen?)*. Obra que, pela primeira vez na História do Direito, enfrentou diretamente o tema em epígrafe.

Para Bachof, não deveriam existir, no corpo da Constituição, normas que conflitassem com os preceitos fundamentais de justiça, lastreados pelo Direito Natural, uma vez que é o próprio povo, titular do poder constituinte, que deve consentir com as propostas constitucionais. É assim que a maior parte da comunidade jurídica lê a obra de Bachof. E lê desse modo com certa razão, devido à utilização, não poucas vezes, pelo próprio autor, da expressão “direitos naturais”.

Infelizmente, quando escreveu a obra, Bachof não conseguiu se afastar completamente da expressão obtusa e vaga: direitos naturais, devido, sobretudo, ao estágio ainda incipiente da Teoria dos Direitos Humanos, em que pese suas próprias ponderações sobre tal utilização, a qual deveria ser lida como direito *supralegal* (direito *pré-estatal*, *supraestatal*, *suprapositivo*),⁵⁸ que, em certa medida, afastou o interesse pela investigação do tema como fato importante e atual problema jurídico-constitucional. O que correspondia, a contrário senso, precisamente, à intenção de Bachof ao tratá-lo. A obra de Bachof é criticada devido à concepção tipicamente *iuspositivista* de atrelar o conceito de Direito ao conceito de Estado, o que, de fato, ainda impõe, mesmos nos dias de hoje, algumas reservas à aceitação das Declarações de Direitos Humanos face à soberania dos Estados e a unidade da Constituição. O que dizer, então, dos Direitos Naturais?

⁵⁷ Segundo Ivo Dantas e Rafaella Lacerda, mesmo divergindo de Bachof em vários pontos, este fato de não fazer escola pode estar diretamente relacionado aos argumentos de autoridade que orbitam o tema das normas constitucionais inconstitucionais que negam o problema, mas não o enfrentam em termos de Direito Positivo. Citam a opinião de Paulo Bonavides que afirma *não ser sequer imagináveis casos de um direito constitucional inconstitucional* que afronte princípios básicos da Constituição. *Vide*: DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional: coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: LTr, 2007. p. 44.

⁵⁸ A edição portuguesa da Almedina, que se faz uso neste trabalho, traduziu como direito *pré-estadual*, *supra-estadual*, *supra-positivo*. A palavra estatal é expressão confeccionada pelo engenho de Pontes de Miranda que a criou devido à necessidade de, ao comentar as Constituições da Federação brasileira, diferenciar as normas do Estado Nacional em relação às normas dos estados-membros (normas estatais e normas estaduais), sendo hoje expressão de ampla utilização no Brasil, não apenas em Direito. O que não é, do mesmo modo, necessário em Portugal, Estado Unitário. *Vide*: BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994. p. 14. Na íntegra, foram essas as palavras de Bachof em rodapé da mesma página: “queria evitar aqui o mais possível a expressão direito natural, por causa de sua multifacetada utilização. Quando, por falta de uma palavra igualmente concisa, se falar ocasionalmente, na exposição que vai seguir-se, de normas contrárias ao direito natural, entender-se-á aí o direito natural como autêntico direito supralegal, com pretensão de vigência imediata face aos destinatários das normas, e não simplesmente como um princípio regulativo para o legislador ou como um princípio jurídico fundamental apenas com obrigatoriedade moral”.

Por outro lado, a obra do Professor de Heidelberg vai um pouco além do direito natural racional da modernidade, incluindo pontos de técnica constitucional na pesquisa. Esse lado parece ter sido esquecido por aqueles que o criticam. Deixou-se de estudar todas as espécies de normas constitucionais inconstitucionais (como, por exemplo, as relevantes normas constitucionais ilegais) ou de readequá-las à nossa técnica atual de incorporação dos tratados sobre direitos internacionais nos ordenamentos nacionais em nível constitucional, por exemplo. Bachof não foi o primeiro autor a falar de normas constitucionais inconstitucionais, mas foi o primeiro a enfrentar a questão diretamente por meio da sistematização que operou.⁵⁹

Em Pontes de Miranda, o Direito das Gentes é o fundamento de existência e validade das ordens jurídicas nacionais. A ordem nacional é, apenas, relativamente independente do Direito das Gentes, dela não se afastando em absoluto, pois, o Estado nasce da incidência de uma norma jurídica do Direito Internacional, não sendo, portanto, criação artificial de uma Assembléia Nacional Constituinte.⁶⁰

Dentre a doutrina portuguesa, Castanheira Neves diz serem as normas constitucionais inconstitucionais uma questão de fato de possível ocorrência.⁶¹ Luzia Marques da Silva Cabral Pinto na constituinte para a formulação da Constituição da República Portuguesa em 1976 já expressava a necessidade de se limitar o Poder Constituinte Originário em defesa dos direitos humanos.⁶²

Em desfavor dos autores apresentados, tem-se o argumento ainda corrente da soberania e do poder constituinte, ilimitados. Daí a necessidade de se investigar neste trabalho as teorias da soberania e do poder constituinte por parecerem consistir nos principais entraves

⁵⁹ Bachof divide as normas constitucionais inconstitucionais em espécies que se acham distribuídas em dois gêneros: violação da constituição escrita e violação da constituição não escrita. No primeiro grupo ter-se-ia: “a) inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; b) inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; c) inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com as normas constitucionais de grau superior; d) inconstitucionalidade resultante da mudança de natureza de normas constitucionais – cessação da vigência sem disposição expressa; e) inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional. No segundo grupo: a) inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; b) inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário; c) inconstitucionalidade (invalidade) por infração de direito supralegal não positivado”. Ainda existiriam, segundo o autor em análise, outras possibilidades de normas constitucionais inconstitucionais (inválidas) atinentes àquelas normas que se situam fora da Constituição formal, mas materialmente integrantes da ordem constitucional. Como é o caso de certos direitos sociais na Alemanha. *Vide*: BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994. pp. 68-70.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 216.

⁶¹ *Vide*: NEVES, Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967. p. 54.

⁶² *Vide*: CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os Limites do Poder Constituinte e a Limitação Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

teóricos. Ver-se-á um pouco das origens dessas teorias e das necessidades sociais que as fizeram surgir, para se esclarecer se há mudanças em torno delas.

2.4. Teorias sobre a Soberania

Muito se poderia discorrer sobre a história da soberania. Matéria para um tratado inteiro, passando-se pelas diversas concepções de soberania ao longo dos séculos: soberania do rei; soberania popular; soberania nacional; soberania do Estado; as escolas alemãs e austríacas de Jellinek e Kelsen que sustentam a estatalidade integral do Direito; a teoria negativista da soberania de Leon Duguit que a confunde com o próprio Estado; dentre outras. Contudo, para a finalidade deste trabalho, interessa apenas esclarecer as origens do conceito e sua repercussão no mundo atual quanto a identificar se já existe quem reconheça limites ao poder soberano.

A ideia de soberania surgiu no Medievo e se cristalizou no século XVI, com o francês professor em Toulouse, Jean Bodin, visto por muitos como o pai da Ciência Política devido a tal teoria – tendo também a utilizado para justificar a legitimação do poder do homem sobre a mulher – algo ainda ligado às concepções de poder divino, próprias da Idade Média. Bodin “compreende a soberania como um poder absoluto e perpétuo (ilimitado e indivisível)”,⁶³ assim, é Direito tão somente aquilo que emana da soberania – o Estado é definido como a organização da soberania, esta corresponde ao exato conceito de Estado; não existe Estado sem soberania ou semi-soberano.⁶⁴ Ninguém, a não ser Deus, é reconhecido acima do soberano. Nota-se, nesse ponto, a submissão do poder absoluto de Bodin às leis divinas e naturais, que devido à influência da Idade Média, consistiam na mesma coisa: era natural aquilo que era divino, em contraponto às teorias modernas, para as quais era natural aquilo que era racional. Assim discorreu Paulo Bonavides: “a soberania é una e indivisível, não se delega a soberania, a soberania é irrevogável, a soberania é perpetua, a soberania é um poder

⁶³ SILVA, Roberto Luiz. **Direito Comunitário e da Integração**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 34.

⁶⁴ Pontes de Miranda afirma que a soberania está para o monarca, assim como o medievalismo está para os senhores feudais. Ele identifica este fato como uma etapa que justifica sua teoria da *crescente dilatação dos círculos sociais* para a unidade do poder público, em que pese o fato de a monarquia ter consistido na violência do círculo mais largo, necessária à passagem da comunidade de tipo medievo à comunidade que põe termo à duplicidade ou multiplicidade de mando. *Vide*: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 181.

supremo, eis os principais pontos de caracterização com que Bodin fez da soberania no século XVII um elemento essencial do Estado”.⁶⁵

Para se ter uma noção do alcance de tal posicionamento (de raiz medieval), até os dias de hoje, a soberania é vista como elemento de indispensável observação para a produção de normas de Direito Internacional Público – haja vista as influências da obra de Hugo Grotius (*De Jure Belli Ac Pacis*),⁶⁶ a qual definiu a noção de Estados soberanos no plano internacional conforme o conceito de soberania vigente em seu tempo; bem como muitos ainda classificam o Direito como a medida da soberania. Celso Ribeiro Bastos, contudo, pontua que um poder absoluto jamais existiu: “a começar pela óbvia razão de que todo exercício do poder está condicionado a circunstâncias de ordem econômica, social, demográfica, até mesmo tecnológica, que não poder ser alteradas por manifestações unilaterais de poder”.⁶⁷

Sobre as teorias do Direito como emanção do poder soberano, Mario Losano, ao analisar as definições de Direito, afirmou tratarem-se de teorias estatistas que, diretamente ligadas ao Estado Moderno laico e centralizado de tipo europeu, supõe que só as normas promulgadas pelo poder soberano são direito. “É uma teoria útil para delimitar o direito do estado centralizado em relação a infinidade de usos locais e direitos particularistas, de um lado, e em relação aos ordenamentos normativos concorrentes, como os direitos da Igreja, dos mercadores e dos povos, do outro”. Atualmente, contudo, tais teorias não correspondem nem mais à realidade europeia, pois a doutrina que acompanhou a formação dos Estados Nacionais não se adapta a uma época que admite organismos supranacionais “dotados de poderes limitados, mas endereçados a pessoas físicas e jurídicas dos Estados-membros, e assiste a um renascimento da descentralização regional e das autonomias locais”.⁶⁸ Note-se que a ilimitabilidade do poder soberano nacional não é substituída pela ilimitabilidade do poder supraestatal. A história das teorias do poder parece demonstrar que todo poder é limitado por outro poder.

Fredys Sorto tratando das dificuldades para a implementação da Carta de Direitos da União Européia afirma que os estados nacionais europeus são, historicamente, “Estados intolerantes e individualistas marcados pela matriz da soberania absoluta”. E que a ideia de União Européia, portanto, não é de criar um “Estado que englobe todas as soberanias

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 126.

⁶⁶ KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: LP&M, 2008. p. 33.

⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 81.

⁶⁸ LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 556-557.

existentes”, mas, pelo contrário, a intenção é preservar a intergovernabilidade.⁶⁹ O que se pretende não é unir a Europa contra o outro numa perspectiva de soberania ilimitada, mas evitar que, mesmo o mais sofisticado e avançado grupo de países da civilização ocidental promova episódios sangrentos e lamentáveis para a história da humanidade como os da primeira metade do século XX. A ideia é limitar para assegurar a coexistência. Esse processo de limitação é gradativo e também limitado, por seu turno. Os documentos que estabelecem tais limitações aos ordenamentos nacionais europeus se acham limitados em sua própria finalidade de assegurar a paz e o desenvolvimento dos Estados. Não significa, portanto, a reunião das soberanias européias.

Ferrajoli diz que “a comunidade selvagem dos Estados soberanos atinge seu auge na Idade Contemporânea”. Esse auge vai da metade do século XIX à metade do século XX. Curiosamente são os mesmos cem anos da construção na Europa do Estado de Direito e da Democracia. Daí justifica a divergência de caminhos que soberania (para ele dúplice) na Era Liberal percorreu: soberania interna e soberania externa. No plano interno, houve limitação da soberania com a formação do Estado de Direito. No plano externo, houve uma absolutização da soberania: é a parábola do Estado-nação. Desse modo, enquanto no plano interno se cria um ordenamento complexo com foco na limitação dos poderes do soberano e no respeito à lei, em contrapartida, nas relações externas, os Estados nacionais não reconhecem qualquer vínculo ou freio jurídico. Assim, “quanto mais o estado de natureza é superado internamente, tanto mais é reproduzido e desenvolvido externamente”. Desse modo, o monopólio (exclusivo) da força alcançado pelo Estado é “afirmado no que diz respeito não apenas ao seu interior, onde é subordinado ao Direito, mas também ao seu exterior, onde se resolve numa livre concorrência entre monopólios exclusivos, e, enfim, do domínio do mais forte”.⁷⁰

Sobre o caráter histórico e transitório das teorias tradicionais sobre a soberania, assim se colocou Miguel Reale: “a soberania é uma espécie de fenômeno genérico do poder. Uma forma histórica do poder que apresenta configurações especialíssimas que se não encontram senão em esboços nos corpos políticos antigos e medievos”.⁷¹

Pontes de Miranda sustenta que a velha concepção de soberania ilimitada, que ainda serve de fundamentação para diversos raciocínios errôneos, foi da antiguidade e ainda deixou marcas em filósofos modernos como Rousseau (crê-se que utiliza Rousseau para se referir aos

⁶⁹ SORTO, Fredys Orlando. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: *status* jurídico dos Direitos Humanos em face de novo modelo de organização política. *Verba Juris*: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 5, nº 5, p. 437-470, jan./dez. 2006. p. 439.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 27-36.

⁷¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 74.

contratualistas de modo geral), mas, que, nos dias atuais, existem direitos anteriores e superiores ao Estado: limitações espaciais, temporais e ético-jurídicas à soberania. Reconhece o autor que o Estado é conceito jurídico preso ao espaço e ao tempo, não podendo negar direitos que provêm da “ambiência jurídica em que se banham os próprios Estados”. Tal ambiência se divide em supraestatal (normas além dos Estados) e interestatal (normas que pautam as relações entre os Estados).⁷² Posteriormente, complementa Pontes de Miranda afirmando que “as Constituições do século XX já encontram o direito das gentes em grau assaz alto de respeito, de prestígio e de eficiência. Os Estados, ao fazê-las, vêm diante de si novo problema técnico, que é o de se saber como se referirem êles, nos textos constitucionais, ao direito das gentes”.⁷³ O que é complementado por uma afirmação antecedente, segundo a qual a velha noção de soberania foi reduzida “à faculdade de decidir em virtude do direito das gentes”.⁷⁴

No Tratado de Direito Privado, em crítica feita ao posicionamento segundo o qual o Juiz (intérprete) só deve *encher* as lacunas da lei quando ocorrer falta de regra jurídica que se pudesse estender pela analogia ou por outro processo interpretativo aos fatos não previstos (*sententia quae rei gerendae aptoir est*), deixou claro Pontes de Miranda que” ainda mais: se a regra jurídica não é acertada, há de buscar-se, contra legem, a regra jurídica acertada. Nota-se em tudo isso que se pretende contrapor a investigação do sistema jurídico, em toda a sua riqueza, dogmática e histórica, e a letra da lei”. Para tanto, deve-se procurar a conciliação (no que é possível) de três pontos: o sentido – dogmática e historicamente – mais adequado às relações humanas, sem dar ensejo ao arbítrio do juiz; a separação dos poderes, legislativo e judiciário – discriminação entre as funções sociais (Política e Direito); e a história do princípio, a “sua revelação através dos milênios” (a sua defesa como princípio constitucional, apenas traduz a evolução social).⁷⁵ O termo milênio, evidentemente, é utilizado de forma simbólica, significa que o princípio é de uso jurídico de longas datas (e pertence ao sistema jurídico cuja letra da lei se pretende atacar).

⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 56.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 83.

⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 70.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. 4. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1983. p. X.

2.5. Teoria(s) do Poder Constituinte

A “teoria”⁷⁶ do Poder Constituinte chegou até o limiar dos nossos dias por herança da Revolução Francesa com embasamento numa perspectiva libertária em relação ao Absolutismo Monárquico então vigente, a partir de valores anti-autoritários: liberdade, igualdade e fraternidade. São essas as origens políticas da teoria do poder constituinte (hoje dominante nos países da família romano-germânica do Direito) que toma a Revolução Francesa como fonte material de inspiração para esculpir suas características.

Desse modo, a teoria do Poder Constituinte nasceu como produto de um movimento social que vislumbrava no horizonte uma revolução, achando-se, portanto, ligada à ideia de crise – profunda crise econômica e social que vivia a França. Crise esta considerada irresoluta sem rupturas profundas. Para se transformar o Terceiro Estado em alguma coisa⁷⁷ foram necessários grandes esforços. Daí, porque grandes poderes deveriam acompanhar a “Assembléia Nacional”.

Duas passagens em Sieyès deixam claro o espírito da teoria do Poder Constituinte àquele tempo. Primeiro: “a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Segundo: a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”.⁷⁸ Assim sendo, tem-se dois pontos que se destacam dessas afirmações: primeiro a possibilidade de se construir uma nova estrutura política sem qualquer ligação com a anterior e em nada vinculada à mesma; segundo a mudança da soberania divina do rei (Bodin) para a soberania popular.

Com efeito, para sepultar o Antigo Regime (*Ancien Régime*) em definitivo e não apenas questioná-lo como já era operado pelas teorias burguesas filosóficas da época, necessário se fazia a abstração de um poder constituinte suficientemente forte e munido de ferramentas indispensáveis para tal finalidade. Paulo Bonavides afirma que “a teoria do poder constituinte teve para a concepção revolucionária a mesma força que a doutrina da soberania

⁷⁶ Paulo Bonavides distingue *Poder Constituinte* de *Teoria do Poder Constituinte*. Para ele, poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. A teoria para legitimá-lo é que só veio ter aparição histórica e revolucionária nos fins do século XVIII. *Vide*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 141.

⁷⁷ No plano filosófico, o Terceiro Estado era definido como tudo, mas, até os momentos que antecederam a Grande Revolução, não representava nada no plano fático. *Vide*: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: qu’est-ce que le tiers état?** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 5-7.

⁷⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: qu’est-ce que le tiers état?** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 48-49.

para a implementação das realezas absolutas”.⁷⁹ A partir dessas necessidades políticas, classificou-se o poder constituinte originário como inicial, incondicionado e ilimitado, delegando-se ao poder constituinte derivado a missão de respeitar e conservar os postulados definidos pelo poder de onde tudo, hipoteticamente, decorre. Daí a necessidade da ideia de separação dos poderes, justamente, para limitar os poderes constituídos, enfraquecendo-os, evitando-se, dessa forma, o retorno ao absolutismo do rei

Como disse o já citado Sieyès, a Constituição é fruto do Poder Constituinte e não do Constituído, ou seja, nem do que lhe precedeu, ao qual não deve nenhuma obediência, nem do que lhe irá suceder, o qual, por seu turno, é deve lhe obedecer. Assim, pois, é que a doutrina de Sieyès coloca o poder constituinte fora da Constituição. Ela (a Carta Política) obriga os poderes constituídos, mas não obriga o poder constituinte.

Note-se que a teoria do poder constituinte, esculpida pelos revolucionários do século XVIII, não rompe com a natureza (de poder irrestrito e imaculado) da teoria da soberania dos reis do século XVI, transformando-a em soberania popular para fazer uso do caráter hipoteticamente absoluto de sua força, no desiderato de superar o próprio poder do monarca. A burguesia francesa conseguiu generalizar (para toda a sociedade) aquilo que defendia como interesse ou ideologia de classe. Segundo Bonavides, “seu poder inculcava a abstrata anuência de toda a coletividade, cuja representação ela de certo modo usurpava”.⁸⁰

Pontes de Miranda é de precisão incalculável, neste ponto, ao por em relevo que “a transição do Estado absolutista para o Estado democrático procedeu-se em continuidade maior do que parece aos que prestam demasiada atenção aos excessos cênicos, inclusive aos da Revolução Francesa”. Disse o mesmo Pontes que os participantes da Assembleia francesa de 1789, assim como os dirigentes do Brasil no ano de 1945, queriam era “renovar sem renovação”. Quando os Reis da França ou a Assembleia francesa falaram de Constituição, longe estiveram de pensar em ciência e técnica constitucional. “Os que iam mais fundo invocavam circunstâncias étnicas, climáticas, culturais, entrechoques e composições de fôrças, mais própria da doutrina medieval”. Assim, foi mantida a tradição, conservada a estrutura monocrática ou oligocrática e alimentado o lealismo, tal qual sustentava o absolutismo do século XVII.⁸¹

Pontes de Miranda diferencia Poder Constituinte de Poder Estatal, em que o segundo é fonte e o primeiro é produto. Nesse diapasão, pode-se esclarecer por que a nova Constituição

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 142.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 144.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. pp. 195-197.

não ensejará a criação de um novo Estado. O Brasil já existe, com esta ou com outras eventuais e futuras Constituições. Essa é a primeira, e talvez a mais importante, limitação do Poder Constituinte. “A falta de rigor, lógico e conceptual, na terminologia de direito público é responsável pela confusão entre poder estatal e poder constituinte”.⁸²

O Poder Estatal consiste no poder de construir e de reconstruir o Estado. Tal conceito ultrapassa os limites do Direito interno, pois, nele se acha implícito, inclusive, o poder de decidir quanto à própria existência do Estado, sua extinção ou união com outro(s) Estado(s). A importância do estudo do Poder Estatal não é apenas de ordem teórica, mas também de ordem prática, refletindo num dos pontos mais relevantes da ciência do Direito atualmente.

O poder estatal na atualidade, em princípio, pertence ao povo. O poder de decidir o seu destino, inclusive o de estruturar-se e do reestruturar-se. O Poder Estatal é aquele poder que concerne à existência do Estado. “O poder constituinte tem apenas a função de formular regras jurídicas ou acolher regras jurídicas que sejam, concretamente, o necessário, se não o que é suficiente”. Sendo sempre um poder cancelável pelo Poder Estatal. E, já que este poder, nos dias de hoje, é popular, logo “é sempre aberta a porta para fechar, retirar legitimidade e restringir poderes à Assembléia Constituinte”. Toda entrega do poder constituinte é feita a título precário, sendo, com efeito, revogável, pois, a entrega irrevogável seria a entrega do próprio poder estatal. “A Constituição somente é superior e rígida para as leis ordinárias e as regras que a pretendam modificar; não é superior e rígida para atos do titular do poder estatal, de que proveio o próprio poder constituinte”.⁸³

2.6.A Internacionalização do Poder Constituinte

Nos tempos atuais, tem-se tratado na Filosofia, com intensidade crescente, em multiculturalismo, tolerância, respeito ao outro, cosmopolitismo, solidariedade, dentre outros temas relacionados. Habermas, por exemplo, comentando a dialética da mentalidade alemã no pós-guerras percebe a passagem de uma *política do poder* (referindo-se às pretéritas noções de soberania estatal) para a uma “sociedade dos cidadãos cosmopolitas”.⁸⁴

⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 186-187.

⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. pp. 178-180.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp. 39-52.

A ambiência multicultural dos dias atuais que coloca em pauta a chamada “inclusão do outro”,⁸⁵ propicia a fricção de culturas. O conhecer (o aceitar) o outro leva ao aprender com outro, tendo como consequência a interculturalidade, a qual se ampara na ética com princípio de coesão dessas relações cosmopolitas. Em que ambiente, então, vai-se desenvolver melhor essa interculturalidade? Nesses passos, João Maurício Adeodato atenta para a circunstância segundo a qual o Direito tem-se tornado o um único ambiente ético comum. Na verdade, de acordo com o mesmo, ocorre até uma sobrecarga do sistema jurídico, nesse aspecto.⁸⁶

Alguns eventos catalisadores têm confirmado a tese de João Maurício Adeodato desde o término da Segunda Grande Guerra e do holocausto (mais tarde a queda do muro de Berlim e a globalização econômica e cultural): Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a criação da ONU e da UNESCO, a criação da União Européia, dentre outros.

A legitimação cada vez maior de um sistema de normas jurídicas aplicáveis em todo o mundo tem feito os Estados democráticos experimentarem um processo sociológico em crescente intensidade de força que se pode chamar de Mundialização do Direito. Decorrente da formação de uma comunidade de valores. A essa comunidade de valores corresponde também a uma comunidade de normas jurídicas comuns. Tal classe de normas compõe o apelidado *Direito Constitucional Internacional*, também conhecido por *Constitucionalismo de Direito Internacional*, como chama Ferrajoli.⁸⁷ Desse modo, dialogar com o outro é dialogar juridicamente.

Tal constitucionalismo – que sucede à criação da ONU, hoje, composta por quase duzentos países, já deixou de ser uma instituição europeia para ser universal, e a aprovação de dois diplomas internacionais: a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 –, significa o que Ferrajoli chama de “crise hodierna da soberania”, consistindo na passagem soberania externa do estado de natureza para o estado civil, na sistemática da teoria do autor italiano. Deixa tal soberania de ser “uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos”. Isto representa o sancionamento do fim da soberania externa

⁸⁵ Vide: HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

⁸⁶ ADEODATO, João Maurício. Limites Éticos do Poder Constituinte Originário e da Concretização da Constituição pelo Judiciário. **Revista do Mestrado em Direito**. Osasco, Ano 5, n.5, p. 85-102, 2005. p. 95.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 53.

pelo Direito Internacional, devido ao jus cogens de tais normas e aplicabilidade imediata para os Estados Nacionais como já falara Kant séculos antes.⁸⁸

É por essa perspectiva que o Poder Constituinte Originário, e a experiência prática tem demonstrado isso (pois as constituições democráticas quanto ao rol básico de direitos são bastante semelhantes, independente das diferenças culturais entre os países a que se destinam), deve buscar as Declarações Universais de Direitos não apenas como fontes materiais para a positivação dos direitos fundamentais no plano interno, mas respeitá-las como fontes formais sob pena de invalidade das normas editadas. É o neoconstitucionalismo de Direito Internacional.

O processo de internacionalização de direitos experimentado na atualidade deixa claro o que Pontes de Miranda sustenta através da teoria da crescente dilatação dos círculos sociais: “a crescente formação dos círculos mais largos, que acentuam, cada vez mais, o primado do direito correspondente aos círculos abrangentes em relação ao direito do círculo abrangido”.⁸⁹

2.7.Limites materiais e formais ao Poder Constituinte

A tese de Pontes de Miranda da crescente dilatação dos círculos sociais para a diminuição do quanto despótico – note-se que, para Pontes de Miranda evoluir, significa crescer, aumentar o círculo de incidência – explica a fenomenologia da incidência da norma jurídica a partir das órbitas dos círculos sociais. Conforme o autor: “os círculos menores, que têm o seu direito, também podem ser submetidos a outro direito, o dos círculos maiores”. Portanto, os círculos menores não simplesmente fazem seu o direito dos círculos maiores. “O direito do círculo maior vale para o círculo menor, porém não é do círculo menor”. São exemplos desse fenômeno a relação estabelecida entre o direito nacional e os estados-membros; entre estes e as demais coletividades componentes (menores, como os municípios, no Brasil); ou ainda, e o que é mais importante, entre o Direito Nacional e o Direito das Gentes.⁹⁰

Assim é que o Direito Interno não faz seu o Direito das Gentes, pois o círculo social já se dilatou para além da estatalidade. Na linguagem de uso comum da doutrina atual, poder-se-ia dizer que direito internacional vale (incide) para o direito nacional, mas não emana deste. O

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional**, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39-40.

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 90.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 36.

fundamento de validade das normas oriundas do círculo maior (Direito das Gentes) não se acha na soberania do círculo menor (Direito Nacional), assim como o da validade deste último não depende da autonomia dos estados-membros, por exemplo.

O Direito das Gentes é o primeiro limite ao poder constituinte originário; mas não o único. Da já citada distinção entre Poder Estatal e Poder Constituinte, Pontes de Miranda sustenta que, por ser este segundo um poder que se exerce a título precário, deve obedecer aos limites do seu mandato. Esse argumento é o único em ciência jurídica capaz de explicar tecnicamente qual importância dos veículos do poder constituinte. Quem escolhe os veículos do poder constituinte, evidentemente, é o titular do poder estatal.

Normalmente, são de dois tipos os veículos do poder constituinte: uma revolução ou processos consensuais de transição. Não se podem incluir nesta última categoria os processos de descolonização, como ocorreu com o Brasil durante a pacífica transição da colônia de Portugal para país independente, pois, em tais casos, se cria um novo Estado por incidência de norma de Direito das Gentes. Como já foi dito, qualquer nova assembleia constituinte que venha a ser instaurada no Brasil não criará um novo Estado, pois o país já existe. Apenas instaurará uma nova ordem constitucional.

Nos processos consensuais de transição, normalmente se editam regras que devem ser seguidas pelo constituinte originário na elaboração da nova Carta. Pontes de Miranda chama de “regras de sobredireito”,⁹¹ isto é, regras sobre regras. Regras sobre a criação de regras. Para o autor em análise, quanto ao objeto das regras jurídicas, estas se dividiriam em dois grupos: regras de direito substancial, que são criadoras imediatas de situações jurídicas; e regras de sobredireito, que ele julgou ser a melhor palavra para traduzir a *überrecht* dos alemães, significando, em sua teoria, as regras sobre a incidência das leis. Dessa maneira, se o poder estatal ditou regras sobre a elaboração da nova Constituição, as normas promulgadas na Carta que não tenham obedecido a tais disposições são constitucionais inconstitucionais, não por contrariar o Direito das Gentes, mas por contrariar o próprio Direito do Estado.

Por sua vez, existem duas hipóteses de desrespeito: formal e material. Será norma constitucional inconstitucional por vício de forma, aquela norma posta no texto da Constituição sem obedecer ao rito designado para sua aprovação. No Brasil, desde 2003 quando as controvérsias se tornaram públicas, existe um debate em nível eminentemente não acadêmico sobre o que se costuma chamar de “a polêmica dos artigos não votados”, segundo a qual alguns artigos inseridos no texto da Constituição de 1988 não teriam sido aprovados

⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 92.

em plenário. Seria o que Bachof chama de “normas constitucionais ilegais”. Tais normas não contrariam leis no sentido formal do termo, ou até pode sê-lo se as regras de sobredireito estiverem insculpidas em diploma legislativo (como é o caso da emenda constitucional que autoriza a abertura de uma nova assembleia constituinte através de veículo consensual de poder constituinte). Tais normas desobedecem aos requisitos de validade anteriores à sua criação. No mínimo, as normas da Constituição de 1988 deveriam ter sido votadas em plenário.

A questão é rica. O ex-Ministro do STF Nelson Jobim chegou a afirmar que as normas relativas às medidas provisórias foram postas sem votação em plenário. Não cabe aqui adentrar muito no mérito da causa, pois o que se sabe é muito pouco. Desse modo, deseja-se apenas registrar o exemplo e indicar sua invalidade.

Alguns justificam que, mesmo tendo o fato efetivamente ocorrido, as normas seriam válidas, pois a população já as aceita há vários anos. É um raciocínio que se aproxima das “regras de reconhecimento” de Hart⁹² (as quais serão mais esclarecidas adiante). Contudo, à luz do raciocínio de Pontes de Miranda, o qual se vem fazendo uso nesta pesquisa, diz-se que as normas seriam inconstitucionais, pois o poder constituinte é poder limitado que se exerce a título precário. Logo, o fato consistiria em extrapolação dos limites do mandato outorgado pelo titular do poder estatal. Ademais, a teoria de Hart é esculpida para um modelo de Direito da família consuetudinária, no qual prevalece o costume. Não é o caso brasileiro.

As normas de sobredireito, emanadas pelo poder estatal para autorizar a instauração de assembleia constituinte, também poderiam exigir a observância expressa a certos conteúdos como a inclusão ou respeito de determinadas declarações de direito. Assim, a inconstitucionalidade seria material. Foi o que aconteceu na Inglaterra quando da aprovação da Magna Charta, conforme narra Canotilho, coube ao Poder Constituinte apenas a missão de “revelar a norma”. Assim é que se pode afirmar que ao “constitucionalismo histórico” repugna a ideia de um “poder” constituinte com força e competência para, por si mesmo, desenhar e planificar o modelo político de um povo.⁹³

Com efeito, pode-se historicamente afirmar com segurança que a tese de que o poder constituinte cria a norma, e a própria teoria do poder constituinte que prevalece até os dias de hoje, tem origem na Revolução Francesa devido a necessidades políticas (e não jurídicas), como já foi dito.

⁹² HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. pp. 111-121.

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 69.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o poder constituinte teve a missão de “dizer a norma”. A Constituição Americana primeiro foi dita na Convenção Constitucional da Filadélfia de 1787 para depois ser aceita e, para tanto, teve que ser elaborada conforme parâmetros ideológicos pré-definidos de correntes calvinistas e das teorias contratualistas lockeanas. Diz Canotilho: “o princípio republicano do povo não tolerava a ideia de ‘centro político’, de ‘concentração unitarizante’ do poder”.⁹⁴ Até os dias atuais, a única Constituição Americana.

Habermas questiona o fim da atualidade da Revolução Francesa, criadora do Estado nacional. Disse o autor: “na esteira das despedidas pós-modernas, somos convidados a tomar distância desse evento exemplar, que orientou nossa vida durante duzentos anos”. Habermas reconhece que os últimos Estados que saíram da colonização adotaram o modelo francês como paradigma. Contudo, potência mundiais como os EE.UU. e a antiga União Soviética, jamais se adaptaram ao esquema da nação-Estado. Além de que os atuais herdeiros do modelo estatal europeu eliminaram o nacionalismo, adotando o caminho de uma sociedade pós-nacional.⁹⁵

Um limite muito caro ao poder constituinte originário, em que pese seu nível de abstração, mas não sendo lícito deixar de fazer referência, é o que se chama de “direito das gerações futuras”. Habermas fala que “a atual geração sente-se responsável pelo destino das gerações futuras, na medida em que o modelo representado pelas gerações passadas perde sua obrigatoriedade”.⁹⁶ Desse modo, as Constituição feitas pensando em sua própria durabilidade, não devem ser feitas por um poder constituinte que desconsidere o direito das gerações futuras.

2.8. Ordenamento Jurídico e Sistema Jurídico

Até o presente momento, analisaram-se, neste trabalho, aspectos não diretamente relacionados à teoria formal do Direito, também identificada como a parte lógica do Direito. Cumpre agora tecer comentários sobre esses pontos nas linhas que se seguem com a

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 70.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume II. 2.d. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 249ss.

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume II. 2.d. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 254.

finalidade de se esclarecer o que se entende por ser norma constitucional inconstitucional e o que não pode.

A distinção entre linguagem da Lei e linguagem da Ciência do Direito é de fundamental importância para compreender o que separa a ideia de ordenamento jurídico da ideia de sistema jurídico, bem como quais consequências acarreta tal distinção para o estudo da norma jurídica.

Importante se informar que não se fará uso neste *mister* das concepções de Vandyck Nóbrega de Araújo, autor de obra referente à dicotomia exposta nesse ponto e ex-professor de Sociologia da Universidade Federal de Pernambuco, o qual, em críticas feitas a Norberto Bobbio, negou a cientificidade do Direito, por considerar que não é possível haver verdadeiramente um sistema jurídico, tal qual existe um sistema matemático – o direito é uma lógica sem si mesmo (razão pela qual não necessita de nenhuma outra lógica), correspondente a uma lei da necessidade universal – Platão concebeu a lei da necessidade universal pertinente à matemática – que busca assegurar a coexistência e a sobrevivência da sociedade humana. Chegando a afirmar que, segundo declarações do próprio Bobbio, em visita feita ao Brasil em 1982, reconheceu que apenas dois livros seus não lhe orgulhavam: *Norma Giuridica e Teoria dell'Ordinamento Giuridico*.⁹⁷ Justamente, as obras atacadas pelo autor em pesquisa cujo intuito foi investigar as noções de ordenamento e de sistema no Direito.

Lourival Vilanova foi muito perspicaz em operar a distinção lógica entre a “linguagem do direito positivo e a linguagem da ciência do direito positivo” (dogmática).⁹⁸ Quis, portanto, destacar a especial dessemelhança de planos sintáticos que existe entre a linguagem do ordenamento jurídico e a linguagem do sistema jurídico – “as normas estão no mundo do direito positivo, e as descrições de normas no nível do conhecimento jurídico. Linguagem descritiva aqui; linguagem prescritiva ali”.⁹⁹

Enquanto a linguagem da lei é veiculada numa estrutura não necessariamente proposicional, a linguagem da ciência do Direito é necessariamente proposicional. Proposição científica é o instrumento “onde diversas relações de conceitos formam estruturas” sobre um dado objeto (para o Direito, o ordenamento jurídico), pois, “o conhecimento ocorre num universo-de-linguagem de uma comunidade-do-discurso”. A comunidade do discurso jurídico

⁹⁷ ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. **Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 61.

⁹⁸ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 67.

⁹⁹ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 65.

não corresponde ao agrupamento daqueles que fazem as leis, logo, a proposição jurídica “em rigor, esta não está no mesmo plano da linguagem-de-objeto”.¹⁰⁰

Para Kelsen, haveria distinção entre norma e proposição jurídica. A primeira é produzida pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Somente esta última (proposição jurídica) poderia captar a unidade e a harmonia do ordenamento jurídico, transformando-o em sistema unitário, isento de contradições. Nessa distinção, também se enxerga a separação de funções entre o conhecimento jurídico e a função, completamente distinta desta, das autoridades jurídicas de produzir o Direito para ser conhecido e descrito pela ciência do Direito. “A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento”.¹⁰¹

A distinção entre linguagem do legislador e linguagem do jurista corresponde à própria diferenciação entre lei e direito. Direito não é lei e lei não é direito, necessariamente. Lei é fonte (formal) estatal do Direito. Não se pode confundir Estado com Direito, pois o primeiro se refere a uma forma de organização relativamente recente da sociedade (Moderna), enquanto o segundo é modo milenar de adaptação do homem a vida em sociedade. O Estado depende do Direito para existir, mas este não depende daquele.

Perelman, comentando os fatos que sucederam na Alemanha depois de 1933, afirma que é impossível identificar o direito com a lei, devido à existência de princípios que, mesmo não sendo objeto de legislação expressa, impõem-se perante a soberania do legislador, sem que isto signifique um renascimento do direito natural, a jurisprudência universal que dominou os séculos XVII e XVIII, pois tal corrente acreditava ser capaz de formular princípios unívocos de alcance universal. Ou até possa significar se for para rejeitar a concepção positivista, legalista e estatizante do direito, expressão da vontade arbitrária de um poder soberano, que nenhuma norma limita e não é submetido a nenhum valor. “Se o raciocínio jurídico é um instrumento de justificação, indispensável desde a Revolução Francesa em todo sistema moderno de direito, ainda assim o primado é atribuído ao dispositivo. Deverá este tão-somente conformar-se à lei ou terá de satisfazer também nossa necessidade de justiça e equidade?” Sobre o primado do dispositivo sobre o Direito em geral,

¹⁰⁰ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. pp. 37-41.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 79-84.

Perelman faz o uso do exemplo da Corte de Cassação, que, segundo ele, sendo mais apegada que os juízes de primeira instância ao aspecto técnico da motivação judiciária, não reforma uma sentença que, apesar de mal motivada, lhe parece conforme ao Direito, contentando-se, nestes casos, em substituir os motivos alegados pelo juiz de primeira instância por uma motivação mais satisfatória.¹⁰²

Nos ordenamentos dos países que seguem a família do Direito Continental europeu a linguagem do objeto (que aqui é linguagem legislativa codificada) seria uma linguagem mista. Consistiria, portanto, numa linguagem intermediária entre o vulgar e o científico. Na família romano-germânica, modelo de Direito eminentemente textual, os signos podem nascer com uma acepção já técnica, isto é, científica – assim quando a Constituição de 1988 no *caput* do art. 145 prescreve que: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos”, já o faz com base no conceito de que tributo é gênero do qual imposto, por exemplo, é espécie. Diferente do *Common Law* (Direito Comum), família do Direito marcada por precedentes judiciais, no qual as normas jurídicas são eminentemente buscadas na linguagem coloquial, por ser um modelo pautado pela tradição, naturalmente inclinado à criação judicial do Direito, com a participação direta dos cidadãos nas mais diversas causas.

Entretanto, em nenhuma das duas famílias do Direito apontadas, as normas jurídicas válidas correspondem exatamente às proposições jurídicas da linguagem deôntica. Disse Lourival Vilanova: “num texto legislativo não percebemos as formas lógicas como tais”.¹⁰³ Significa dizer que não se identifica, de imediato, a estrutura proposicional das normas, as quais na linguagem científica assumem o formato de: suporte fático mais preceito. Essa roupagem proposicional só é revelada após a análise sistêmica das fontes do Direito. Como se insurgiu Eros Roberto Grau, “a Constituição não pode ser interpretada em tiras”.¹⁰⁴

As fontes do Direito se encontram esparsamente distribuídas em comandos que isoladamente considerados não necessariamente se apresentam sob a estrutura lógica proposicional. As proposições jurídicas, as quais precisamente correspondem à linguagem da ciência do Direito, é que se encontram, em essência, no plano deôntico (o dever ser com muita frequência não é revelado pela norma isolada). Este é que é o plano que atua como estratégia tecnológica no Direito. Desse modo, como não poderia ser diverso, o que é harmônico e

¹⁰² PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 95-96.

¹⁰³ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 66.

¹⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 195.

coerente é o sistema e não o ordenamento, seu ponto de partida. O ordenamento consiste num universo de signos ainda não totalmente despidos dos interesses (divergentes) positivados que deram ensejo à sua existência como norma.

Tais interesses possivelmente conflitantes e ontologicamente incompatíveis podem restar positivados no Texto Fundamental. A tensão dos debates constituintes pode, perfeitamente, dar ensejo à aprovação concomitante de normas incompatíveis entre si. Isso devido à composição cada vez mais plural dos parlamentos em todo o mundo, da própria natureza de mudança (a crise dos costumes como fala Sieyès) do poder constituinte e da atual tendência, em alguns países, de constitucionalização desenfreada de direitos e deveres. No Brasil, vive-se um tempo em que já se beira confundir o conceito de validade normativa com o de constitucionalidade, no qual a ideologia de que uma norma só é válida se estiver na Carta Magna. Certamente, no Brasil, um dos exemplos mais desnecessários foi o *status* constitucional conferido à norma que impõe a manutenção do Colégio Pedro II na órbita federal (CF/88, art. 242, § 2º). Regra jurídica que, em si, não é incompatível com nenhuma outra, mas que, perfeitamente, demonstra o quanto o constituinte de 1988 se excedeu.

O deputado federal Regis de Oliveira, pelo PSC-SP, é autor do Projeto de Emenda Constitucional nº 341/2009, o qual visa a modificar os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Partindo-se de um conceito de Constituição Material, tenta reduzir o atual texto constitucional brasileiro para 70 artigos e um artigo único do ADCT. Tal projeto, por fatores culturais, evidentemente, não irá adiante (além de que consistiria numa verdadeira revisão constitucional, não mais permitida pelo texto da CF/88, gerando diversas discussões). Mas, dele se podem retirar importantes considerações sobre o que foi dito.

Para o deputado, a Constituição retrata a realidade vivida em determinada época da vida da sociedade. É fruto do confronto existente, de forma permanente, na sociedade. O poder constituinte não vem de geração espontânea. Envolve, com efeito, a luta dos interesses existentes na sociedade. A Constituição é, eminentemente, produto de conflito. Os interesses dominantes colocam os mais variados direitos em seu conteúdo, impondo-os, naquele exato instante, aos demais segmentos existentes. Sendo, pois, a Constituição o produto de soluções políticas que vigoram em certo momento, fácil entender que os segmentos sociais mais estruturados dominam as decisões e impõem suas soluções. Assim, a lei nem sempre é o resultado de longa discussão com a sociedade. A lei é fruto da dominação momentânea de determinados setores da sociedade organizada. Entre a norma constitucional obtida e a realidade há tensão permanente. Diz-se que é importante colocar os diversos problemas

sociais na Constituição, uma vez que são garantidos contra toda sorte de alteração. Diz o deputado citado que da obra notável de Alexis de Tocqueville (*A Democracia em América*), deduz-se que o constituinte busca o equilíbrio entre os poderes do Estado e os direitos da cidadania e privilegiar os primeiros somente quando os considera absolutamente importante para as liberdades fundamentais.¹⁰⁵

As normas constitucionais inconstitucionais se apresentam quando não é possível se superar antinomia entre normas jurídicas (pelos critérios postos à disposição do intérprete: hierárquico, cronológico, ponderação, dentre outros) que foram transcritas em linguagem proposicional e com outras confrontadas em mesmo nível de linguagem, sendo ambas pertencentes ao Direito Constitucional.

Disse Lourival Vilanova: “muito embora a coerência interna do sistema exprima seu grau de racionalidade, é um dado objetivo que nem sempre os sistemas apresentam. Potencialmente, estão abertos à inconsistência”. Pode ocorrer, portanto, a existência de “normas contraditórias conjuntamente válidas num sistema, desaplicando, assim, a lei lógica de não-contradição” – este princípio da não-contradição a que se refere Lourival foi formulado por Aristóteles e significa que algo não pode ser e não-ser ao mesmo tempo.

Como foi dito na introdução deste estudo, norma constitucional inconstitucional é uma questão fáctica. Lourival Vilanova assim também entende: “a existência de sistemas normativos não consistentes é um fato, que suspende (em parte) a aplicabilidade da lei formal às suas estruturas, mas não impede a razão de ser da Lógica deôntica. É uma questão factii, de ordem cultural, a formação histórica dos sistemas jurídicos”.¹⁰⁶ Portanto, os erros cometidos pelo constituinte originário ao aprovar normas não adequadas são problemas fácticos, os quais não comprometem a logicidade do mundo jurídico, simplesmente podem ocorrer em qualquer Estado. O ordenamento jurídico está potencialmente sujeito a esse tipo de incoerência.

Como já foi dito, Pontes de Miranda entende que o Direito das Gentes tem incidência planetária, as ordens nacionais possuem liberdade relativa para legislar no vácuo deixado pelo do círculo maior (Direito das Gentes). Pontes utiliza a expressão “branco”, os Estados

¹⁰⁵ Em vista do que foi dito, parece ser possível questionar se Sieyès foi ingenuamente contagiado em demasia pelo espírito revolucionário francês (de caráter momentâneo) quando disse: “é preciso que, mesmo na decadência dos costumes, quando o egoísmo parece governar todas as almas, a assembléia de uma nação seja constituída de tal forma que os interesses particulares permaneçam isolados e o voto da maioria esteja sempre conforme ao bem geral. Este efeito está assegurado se a constituição é suportável”. Vide: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: qu'est-ce que le tiers état?** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 70.

¹⁰⁶ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. pp. 29-30.

preenchem o branco deixado pelo Direito das Gentes.¹⁰⁷ Assim, na teoria ponteana, só existe um sistema jurídico: o planetário. Não existe sistema jurídico brasileiro, argentino, inglês. Os Estados possuem apenas seus ordenamentos, cuja competência é para preencher o branco do Direito das Gentes, o qual, como foi dito no capítulo anterior, não possui competência formal definida.

2.9. Fontes do Direito Constitucional e unidade do Sistema Jurídico

Pontes de Miranda entende que as fontes do Direito Constitucional são a Constituição, as emendas constitucionais e o Direito não-escrito constitucional, sendo enorme (e crescente) o contingente de regras não-escritas de direito constitucional. Isto porque o direito constitucional supõe princípios gerais relativos a conceitos como o de Estado, Federação, Declaração de Direitos, métodos de interpretação das normas constitucionais, dentre outros, todos eles desenvolvidos tautologicamente. Disse o autor: “a ciência procede, quotidianamente, a crítica cerrada de conceitos e de enunciados, fixando-os, ou precisando-os, de modo que o intérprete de uma Constituição tem de lançar mão de todo êsse material rico – e enriquecível a cada momento – pelo esforço de espíritos de seu país e de fora”.¹⁰⁸

Dworkin identifica que as doutrinas positivistas tradicionais mais aperfeiçoadas costumam fazer uso de uma norma considerada “chave” como critério de identificação do sistema jurídico. Trata-se daquela espécie de norma que abre as portas para a validade do sistema como no caso da “norma fundamental hipotética” em Kelsen ou da “regra de reconhecimento” em Hart, os quais condicionam a validade das normas jurídica à obediência de tais regras.

Por expressamente preferir dialogar com a obra de Hart, Dworkin afirma que sua regra de reconhecimento corresponde à abstração segundo a qual uma prática social estabelece que as normas que satisfazem determinadas condições são válidas. Assim, cada sistema de normas jurídicas possui sua própria regra de reconhecimento cujo conteúdo varia de acordo com a experiência empírico-social. É por meio da regra de reconhecimento que um determinado ordenamento de Direito fundamenta a validade de todas as normas que ao mesmo pertencem. Ela diz, na realidade, quais são as fontes do Direito: a Lei, os costumes, um livro sagrado ou até várias fontes ao mesmo instante.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 362.

¹⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 103.

Dworkin utiliza como matéria-prima a distinção ente regras e princípios para instrumentalizar sua crítica à insuficiência teórica das regras de reconhecimento das doutrinas positivistas como critério de identificação do Direito.¹⁰⁹ Isso porque tais regras não seriam, ao seu juízo, capazes de abrigar o *status* ético-político da juridicidade, já que, à luz da complexidade dos nossos dias, não é mais possível enumerar por completo todas as exceções (às regras), tampouco negligenciar completamente os princípios em vigor.

Evidentemente, devem-se ponderar as dificuldades enfrentadas pela teoria dos princípios de Dworkin por ser escrita à luz de um ordenamento jurídico pertencente à família consuetudinária do Direito, no qual grande parte dos princípios constitucionais não se encontra positivada em texto constitucional. O que não é o caso dos ordenamentos que compõem a família do Direito continental europeu de raiz romano-germânica. Entretanto, mesmo nesses ordenamentos, boa margem dos princípios constitucionais pode não estar positivada. O que instiga o diálogo com o autor norte-americano.

O importante a perceber, nisso tudo, a relação que se estabelece entre “regras de reconhecimento” em Hart e o “direito constitucional não-escrito” em Pontes de Miranda, e, se fazendo uma crítica a Dworkin, admitir que tais regras de reconhecimento podem ser ampliadas para abrigar os princípios jurídicos constitucionais não-escritos.

Muito já se falou na Teoria do Direito sobre a unidade do sistema jurídico do ponto de vista da hierarquia das normas (unidade estática do modelo de regras). A complexidade das relações humanas atuais exige – complexidade esta na qual a norma geral e abstrata é cada vez mais geral e a norma individual e concreta é cada vez mais concreta –, por outro lado, se tratar da unidade semântica do Direito (unidade dinâmica) com base na teoria dos princípios.

Os princípios para Dworkin têm uma qualidade peculiar na estrutura constitucional, que é a dimensão de peso, eles se entrecruzam.¹¹⁰ Crê-se que a unidade do sistema jurídico caminha-se cada vez mais para o estudo do que a teoria dos princípios pode colaborar no sentido da harmonia que pode fornecer pela dimensão de peso dos princípios. Não que as regras não sejam importantes, algumas valem muito mais que boa parte dos princípios – observe-se o sistema de garantias penais e note-se que quase todo ele é elaborado em regras. Mas, a ampliação das regras de reconhecimento para a efetiva inclusão de determinados princípios pode, em muito, auxiliar a hermenêutica constitucional.

¹⁰⁹ Afirma Dworkin que ainda não se descobriram fórmulas para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. *Vide*: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 65.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

Os países que adotam Constituições extensas e recheadas de regras sobre os mais diversos ramos da vida encontram dificuldades em manter a coerência de seus ordenamentos em relação às atualizações científicas provenientes do direito constitucional não-escrito sobre temas como Estado Democrático de Direito, Dignidade da Pessoa Humana, Soberania etc. Todos esses conceitos são trabalhados a partir de princípios e desenvolvidos tautologicamente pela ciência que os “reconhece” como de relevante aplicação. É, por exemplo, o caso da relação que se estabelece entre vontade e direito à nacionalidade. Não existe nenhuma regra explícita que estabeleça a vontade como elemento (principiológico) central da nacionalidade, mas todas as teorias modernas sobre nacionalidade elegem a vontade como o elemento mais importante. Esse é um conceito desenvolvido tautologicamente para se compreender a nacionalidade no mundo atual, sendo, pois, direito constitucional não-escrito, fonte do Direito Constitucional tanto quanto o texto da Constituição. E mais: a vontade não deve ser utilizada apenas como elemento para preencher as lacunas da Constituição, pode ser utilizada para combater o próprio texto constitucional.

2.10. O que pode ser considerado norma constitucional inconstitucional?

Parece ser necessário apresentar que tipo de norma possa vir a ser adjetivada como constitucional inconstitucional à luz da atual distinção entre regras e princípios. Podem ser normas constitucionais inconstitucionais as regras jurídicas promulgadas no texto original da Constituição quando se mostrarem concretamente (conflito real) incompatíveis com o conjunto do sistema jurídico. Tal conflito pode ocorrer entre duas regras constitucionais originárias ou entre regra constitucional originária e princípio constitucional explícito ou implícito.

Os demais casos dizem respeito a normas apenas inconstitucionais, como na hipótese das normas oriundas do Poder Constituinte Reformador contrárias à Carta Magna, por vezes erroneamente tratadas como normas constitucionais inconstitucionais pela doutrina. Não, às constitucionais e inconstitucionais, simultaneamente. Para estes efeitos, tratado internacional incorporado ao Direito Constitucional interno que contenha regra ou princípio incompatível com norma constitucional originária será considerado como instrumento revogador da(s) primeira(s) norma(s) ou ainda, desrespeitar-se a garantia constitucional do “cerne irrestringível”,¹¹¹ será classificado como inconstitucional.

¹¹¹ *Cerne irrestringível* é expressão de caráter preciso cunhada por George Sarmento em face de *cerne imodificável* (Pontes de Miranda) ou *cláusulas pétreas* (deriva de pedra: algo duro, sólido, rígido, insensível),

Maria Helena Diniz¹¹² alegou a incompatibilidade da regra jurídica abrigada pelo art. 33¹¹³ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988 com o princípio jurídico da isonomia tributária. O art. 150 caput firma: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”, completando-se pelo inciso II: “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Alfredo Buzaid, por seu turno, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo em epígrafe, todavia esforçou-se em solucionar o conflito (o qual tratou como aparente, no caso) através do critério hierárquico, por compreender o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é pertencente ao estrato normativo infraconstitucional.¹¹⁴ Porém, a doutrina majoritária brasileira se posiciona em considerar o ADCT como parte formalmente integrante do Texto Constitucional, devido ao fato de possuir a mesma origem das demais normas votadas na Constituinte (PCO), sendo diferentes apenas os prazos de vigência entre os artigos do Ato (vigência temporária) e as demais normas que compõe o “corpo” da Constituição.

Tal hipótese deixa claro em que consistiria uma norma constitucional inconstitucional: de um lado tem-se uma regra jurídica reputada como pertencente à espécie em estudo e do outro, um princípio constitucional (neste caso expresso), em que ambas as normas conflitantes fazem parte do mesmo ordenamento em nível constitucional, não sendo possível superar a antinomia pelos métodos tradicionais.

O conflito também poderia ocorrer entre duas regras constitucionais originárias expressas. Esta é uma hipótese de difícil ocorrência (as próprias normas constitucionais são de difícil ocorrência – logicamente o habitual é que as normas constitucionais sejam, em

adotada pela maior da doutrina brasileira. Precisa porque tal cerne pode ser alargado, mas não restringido, sendo mais apropriada que as outras duas apontadas por, aparentemente, não veicularem a idéia de possível alargamento, em que pese nem Ponte de Miranda negar tal possibilidade nem a doutrina brasileira. *Vide*: SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. *In*: **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, ano 1, nº 1. Maceió: Nossa Livraria, 2005. p. 48.

¹¹² DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. pp. 61-64.

¹¹³ Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento.

¹¹⁴ BUZOID, Alfredo. É Constitucional o art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988? *In*: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 80, nº 669, p. 7-9, jul., 1991.

verdade, constitucionais, a anomalia é a exceção disso), sendo, portanto, mais comum o conflito entre regra e princípio.

Para o conflito entre duas regras originária da Constituição de 1988, cita-se o exemplo apontado por Ivo Dantas e Rafaella Lacerda, os quais pugnaram pela inconstitucionalidade do art. 86, § 4º que diz: “o Presidente da República, na vigência do seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”. Na visão dos autores, os princípios esculpidos pelo preâmbulo da Constituição/88 e pelo artigo primeiro são suficientes para que se conclua por tal inconstitucionalidade, os quais definem o Brasil como um Estado Democrático de Direito e uma República Federativa. Contudo, existem outras regras explícitas que corroboram tal linha de pensamento. Primeiro o próprio art. 86, § 1º, que estabelece: O Presidente da República ficará suspenso de suas funções: “I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal”. Segundo, pelo art. 102 que enumerando a competência originária do STF, reza: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, O Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República”. Segundo Ivo Dantas e Rafaella Lacerda, é evidente que, mesmo na hipótese de que não fossem explícitas as regras constitucionais citadas, a existência dos princípios mencionados – Estado Democrático de Direito e República Federativa – imporá a conclusão de ser inconstitucional o referido art. 86, § 4º.¹¹⁵

Pontes de Miranda diz que o erro do legislador pode ser de expressão. Nesse caso, prevalece então o pensamento que se tentou exprimir, se esse pensamento for captável no sistema jurídico.¹¹⁶ Disso decorre que, além das normas constitucionais inconstitucionais, ter-se-iam também as normas constitucionais inadequadas, as quais, a despeito de não serem diretamente incompatíveis com as demais normas constitucionais já que o sentido de sua incidência é condicionado ao exame de outras normas pertencentes ao próprio sistema jurídico (mais explicitamente: a outras normas de Direito Constitucional), dão aparentemente margem para que a produção legislativa infraconstitucional venha a produzir normas que diretamente contrariem o Direito Constitucional vigente, causando dúvidas e insegurança jurídica. É o caso do art. 5º, LXVII, que reza: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do

¹¹⁵ DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional: coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: LTr, 2007. pp. 47-48.

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. 4. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1983. p. X.

depositário infiel”. Em contrapartida, o Pacto de São José da Costa Rica estabelece em seu art. 7º: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, o que proíbe a prisão do depositário infiel. Assim, em virtude da inclusão do parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição de 1988 (“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”) evoluiu a jurisprudência do STF sobre o tema. Passou-se, então, da aceitação dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos como normas infraconstitucionais¹¹⁷ para a admissão como normas constitucionais,¹¹⁸ como nas decisões abaixo transcritas (entretanto, o parágrafo segundo do artigo quinto já deveria ser interpretado neste sentido: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”).

¹¹⁷ “Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27-5-98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.” (RE 253.071, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 29-5-01, DJ de 29-6-01). No mesmo sentido: RE 250.812, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 20-11-01, DJ de 1º-2-02; HC 75.977, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 5-5-98, DJ de 3-3-00; HC 75.687, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 10-3-98, DJ de 20-4-01; HC 73.044, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 19-3-96, DJ de 20-9-96.

¹¹⁸ “Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual [...]. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF [...]. Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, **restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel**. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do **status de supralegalidade da referida Convenção**, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP.” (HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-12-08, Plenário, Informativo 531). No mesmo sentido: RE 349.703, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-08, Plenário, DJE de 5-6-09; HC 92.356, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 10-2-09, 1ª Turma, DJE de 13-3-09; HC 96.118, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-2-09, 1ª Turma, DJE de 6-3-09; HC 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-10-08, 2ª Turma, DJE de 24-10-08; HC 94.307, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 19-2-09, Plenário, DJE 6-3-09. (grifo nosso)

“*Habeas corpus*. Prisão civil. Depositário judicial. A questão da infidelidade depositária. Convenção Americana dos direitos humanos [...]. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Pedido deferido. Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes.” (HC 90.450, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-08, DJE de 6-2-09).

Assim, a norma contida no 5º, LXVII, que diz: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Deve ser entendida como norma restritiva e não permissiva. Desse modo, o texto constitucional restringe as hipóteses de prisão civil ao depositário infiel e ao devedor voluntário e inescusável de alimentos. O que não significa dizer que deva ser lida no sentido de permitir a prisão do depositário infiel. O sentido de sua incidência é complementado pela incidência de outra regra jurídica também pertencente ao Direito Constitucional, mais democrática e mais específica quanto à tutela da restrição das liberdades, no caso, expressamente prevista pelo Pacto de São José da Costa Rica.

2.11. Controle da constitucionalidade

A partir da diferenciação entre “hiato constitucional e norma constitucional inconstitucional”, Ivo Dantas e Rafaella Lacerda separam o político do jurídico. Afirmam os autores que só as normas constitucionais inconstitucionais podem sofrer controle de constitucionalidade, não se aplicando tal técnica ao que se considera hiato constitucional. Por hiato constitucional (fenômeno sociológico) se entende aquela norma ou aquele grupo de normas que positivada(s) no texto da Constituição não é/são compatível(is) com os valores sociais aceitos pela comunidade a qual se destina(m) regular a vida jurídica, pois tal problema confronta a Constituição com os direitos naturais e não com as normas constitucionais. É o caso, por exemplo, da consagração da pena de morte em alguns sistemas jurídicos, a qual fere (na visão dos autores) o direito natural à vida. Mas, se prevista na Carta Magna, não poderá alegar inconstitucionalidade frente à mesma. Dizem os autores: “se, entretanto, a sociedade não a aceita, estaremos diante (repita-se) de um Hiato Constitucional que, a princípio poderá significar a não aplicação da norma, até a necessidade de a mesma ser modificada em razão das pressões sociais”.¹¹⁹

Hart fala que ocorre *patologia de um sistema jurídico* quando já não existe uma obediência geral às regras jurídicas que são válidas, segundo os critérios de validade usados pelos tribunais. Dessa ruptura, podem resultar diversos fatores perturbadores, como por exemplo, a Revolução.¹²⁰ Bachof diz que “a permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à

¹¹⁹ DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional: coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: LTr, 2007. pp. 45-46.

¹²⁰ HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 129.

comunidade que ela mesma constitui. Uma proteção judicial, ainda que completa, não poderá salvar uma Constituição que falhe nessa missão".¹²¹

Com efeito, a conceituação (e ideologia) das Cortes Constitucionais, como pode ser tomado o Supremo Tribunal Federal no Brasil, como guardiãs do Texto Constitucional em muito prejudica a possibilidade de tais tribunais reconhecerem e eventualmente retirarem do sistema jurídico normas consideradas incompatíveis com o todo. Como um órgão encarregado de proteger o texto poderia se insurgir contra uma norma, prevista pelo próprio originariamente, se sua função é justamente guardá-lo? Essa é a razão pela qual a tese de Bachof não prosperou. As Cortes costumam proteger o texto da Constituição e não o direito constitucional, onde também se inserem as Declarações de Direito das Gentes. O que pode ser um erro grave, já que a ciência distingue Constituição de norma constitucional. Dever-se-iam proteger as normas constitucionais e não a integridade física da Constituição. Nessa linha é que se tem produzido a jurisprudência do STF quanto ao tema. Notem-se os apontamentos do Ministro Celso de Mello sobre o art. 33 do ADCT,¹²² segundo o julgador o exame de mérito não pode ser investigado devido à simples razão de que as normas ostentam grau idêntico de eficácia e de autoridade jurídica, sem se explicar mais alongadamente o alcance de tais normas, negligenciando seu confronto em termos de direito positivo.

Maria Helena Diniz diz que a aprovação de normas constitucionais originárias incompatíveis entre si não é novidade em nosso direito constitucional. Para a autora, a Constituição de 1967, em seu art. 111, estabeleceu norma contrastante com o princípio constitucional do monopólio do Poder Judiciário (art. 153, § 4º). Protestou Maria Helena Diniz: "tanto é certo o que se afirma que até hoje ninguém ousou estabelecer, na prática, o contencioso administrativo previsto naquele dispositivo constitucional".¹²³

Muitas vezes, a interpretação parece criativa no esforço de comprovar uma realidade efetivamente harmônica da Constituição de 1988. É o caso do posicionamento firmado em face do art. 86, § 4º,¹²⁴ que fora questionado por Ivo Dantas e Rafaella Lacerda, o qual não

¹²¹ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994. p. 11.

¹²² "Inexiste qualquer relação de antinomia real ou insuperável entre a norma inscrita no art. 33 do ADCT e os postulados da isonomia, da justa indenização, do direito adquirido e do pagamento mediante precatórios, consagrados pelas disposições permanentes da Constituição da República, eis que todas essas cláusulas normativas, inclusive aquelas de índole transitória, ostentam grau idêntico de eficácia e de autoridade jurídicas (RTJ 161/341-342). O preceito consubstanciado no art. 33 do ADCT — que não se estende aos créditos de natureza alimentar — compreende todos os precatórios judiciais pendentes de pagamento em 5-10-88, inclusive aqueles relativos a valores decorrentes de desapropriações efetivadas pelo Poder Público. Precedentes." (RE 215.107-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-11-06, DJ de 2-2-07).

¹²³ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 63.

¹²⁴ "O que o art. 86, § 4º, confere ao Presidente da República não é imunidade penal, mas imunidade temporária à persecução penal: nele não se prescreve que o Presidente é irresponsável por crimes não funcionais

explica por que então a Constituição Federal de 1988 firmou a competência do SFT para o julgamento dos crimes comuns praticados pelo Presidente da República no curso de seu mandato.

Controle de constitucionalidade ainda é tema visto, em grande medida, como “controle judicial de constitucionalidade”. Entretanto, a retirada de normas constitucionais inconstitucionais do ordenamento também pode (e deve), excluída esta hipótese, ser feita através do “controle legislativo de constitucionalidade”. Nos países de Constituições analíticas e prolixas como o Brasil, este deveria ser um importante papel do Poder Legislativo que, ao revogar determinadas normas escritas na Constituição incompatíveis com o todo do sistema jurídico, pugna pela clareza e segurança do ordenamento jurídico. Esse controle não pode ser prévio como na França, pois a norma constitucional inconstitucional já foi positivada. Contudo, o Poder Legislativo, com efeito, ainda não parece estar efetivamente adaptado a este tipo de ofício. É da essência de tal Poder a aprovação de leis e emendas à Constituição e não a retirada de normas do ordenamento. Sempre se esperou que o Judiciário, Poder mais técnico nesse quesito, explicasse qual o alcance de determinadas disposições constitucionais.

O fato se torna relevante devido à constante incorporação dos tratados de direitos humanos pelo Brasil e devido ao grau de extensão de nosso texto constitucional; os quais ingressam em nosso ordenamento como norma de *status* constitucional; como, aliás, sempre deveria ter sido feito mesmo antes da EC nº 45/2004. Neste caso, as normas dos tratados revogam os dispositivos com eles incompatíveis, desde que não pertencentes ao cerne irrestringível.

Há, por outro lado, o não pequeno montante de tratados internacionais em que o Brasil é signatário desde o período que antecedeu a EC 45/2004. Nestes casos, entende-se que a norma é de matriz constitucional, mesmo sem obedecer aos trâmites do art. 5º, § 3º, da CF/88. Nesses casos, a norma incompatível aprovada pela constituinte de 1988, é inconstitucional, o que cabe ao poder legislativo controlar. Ou aprove tais tratados por meio de decreto

praticados no curso do mandato, mas apenas que, por tais crimes, não poderá ser responsabilizado, enquanto não cesse a investidura na presidência. Da impossibilidade, segundo o art. 86, § 4º, de que, enquanto dure o mandato, tenha curso ou se instaure processo penal contra o Presidente da República por crimes não funcionais, decorre que, se o fato é anterior à sua investidura, o Supremo Tribunal não será originariamente competente para a ação penal, nem conseqüentemente para o *habeas corpus* por falta de justa causa para o curso futuro do processo. Na questão similar do impedimento temporário à persecução penal do Congressista, quando não concedida a licença para o processo, o STF já extraíra, antes que a Constituição o tornasse expresso, a suspensão do curso da prescrição, até a extinção do mandato parlamentar: deixa-se, no entanto, de dar força de decisão à aplicabilidade, no caso, da mesma solução, à falta de competência do Tribunal para, neste momento, decidir a respeito." (HC 83.154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-9-03, DJ de 21-11-03).

legislativo com força de emenda constitucional (art. 5º, §3º), para que, assim, o STF se ache habilitado a declarar a derrogação de dispositivos constitucionais com eles incompatíveis (cf. jurisprudência citada). Entretanto, o mais adequado é o controle legislativo, o qual expurgando por completo o enunciado incompatível, pugna pela segurança e harmonia direta do ordenamento de comandos jurídicos.

Portugal deu um passo interessante no sentido de atualizar a Constituição do país com as normas de Direito das Gentes. Obviamente, precisa-se de certo nível de maturidade política para tal. A Constituição da República Portuguesa permite que, a cada cinco anos, se faça revisão do texto constitucional. É possível, assim, editar-se um texto novo a cada quinquênio (art. 284, 1: “A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária”), inclusive, com nova numeração de artigos. Por esta razão é que se diz equivocadamente chamar a Constituição deles de Constituição Portuguesa de 1976. Devendo-se dizer apenas Constituição da República Portuguesa, como se fez nesta dissertação, por ser seu nome oficial. Talvez, o Brasil ainda não esteja preparado para tal procedimento. Mas parece ser uma forma interessante de tornar a Constituição mais duradoura e atualizada com a realidade social e a ciência. A própria Constituição da República Portuguesa, por outro lado, impõe limites à revisão como a proibição de realizá-la durante o estado de sítio e outros casos.

Dada a importância de peso dos princípios jurídicos como instrumentos de interpretação sistêmica do ordenamento, outra possibilidade de superar o conflito seria o que Maria Helena Diniz chama de *interpretação corretiva*. Para a autora, devido à antinomia real e não aparente da regra prevista no art. 33 do ADCT com o princípio da isonomia tributária (art. 5º e art. 100), o intérprete deveria fazer interpretação corretiva, sob pena de, procedendo de modo contrário, ofender todo o sistema. Assim, dever-se-ia fazer com que os comandos dos arts. 5º e 100 prevalecessem sobre a regra jurídica do art. 33 ADTC.¹²⁵

¹²⁵DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 63.

3. NATURALIZAÇÃO DE ESTRANGEIROS NO BRASIL E OPÇÃO DE NACIONALIDADE

3.1. Justificativa. 3.2. Introdução: o conceito de naturalização. 3.3. Direito à constitucionalização de direitos e Nacionalidade. 3.4. Constituição de 1988 e Naturalização. 3.5. Estatuto do Estrangeiro e Naturalização. 3.6. Regulamento do Estatuto do Estrangeiro e Naturalização. 3.7. Natureza jurídica do Decreto nº 86.715/81. 3.8. Princípio da Legalidade e da Regra da Reserva Legal. 3.9. Considerações.

3.1. Justificativa

Este capítulo da dissertação tem a intenção de refletir sobre a incidência da regra da optabilidade por uma nacionalidade como fator redutor da polipatria no caso de naturalização de estrangeiros no Brasil em face das normas previstas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelo Estatuto de Estrangeiro e seu Regulamento, sendo estas últimas anteriores à vigência da Carta Política referida. A sua precedência em relação ao capítulo subsequente se justifica pelo fato de ser a hipótese mais utilizada pelos Estados nacionais em matéria de opção de nacionalidade.

3.2. Introdução: o conceito de naturalização

A maior parte doutrina brasileira, até os dias atuais, repete o entendimento de que não existe direito público subjetivo à naturalização. A ideia se baseia no pressuposto de que o ato resulta diretamente da soberania estatal, cujo titular para conceder é o Poder Executivo, o qual pode indeferir-la ainda que o naturalizando supra os requisitos legais. Vera Lúcia Jucovsky afirma que “não se trata de um mero acordo bilateral ou contrato, mas, mais propriamente, de ato discricionário do Estado, no âmbito de sua soberania, que outorga a naturalização, consoante a sua conveniência e oportunidade”.¹²⁶

Alguns autores como Wilba Bernardes enxergam a naturalização como ato gracioso do Estado, como um grande favor. Disse a autora: “a naturalização é ato gracioso do Estado, o interessado que a requerer pode, ainda que preenchidos todos os requisitos fixados no Direito interno de determinado Estado, necessários para obtenção da naturalização, ter sua solicitação recusada”.

¹²⁶ JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. Da Naturalização. In: **Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade**. Campinas: Millennium, 2006. p. 216. No mesmo entendimento: CAHALI, Yussef. **Estatuto do Estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 457.

Por outro lado, Francisco Wildo Lacerda Dantas afirma que admitir o indeferimento de um pedido de naturalização sem que se esteja fundado em Lei implica negar o próprio Estado Democrático de Direito. Nas palavras do autor tratando da CF/88: “o art. 93, IX, que, embora faça referência expressa ao Poder Judiciário, aplica-se a todos os poderes, por força de interpretação sistêmica, com suporte no art. 5º, II”.¹²⁷

É também ideia corrente que a naturalização implica o desejo de mudar de nacionalidade. Segundo Jacob Dolinger, na naturalização ocorre uma substituição, uma renúncia à nacionalidade de origem. Nas palavras do autor: “quem se naturaliza deliberadamente escolhe uma outra nacionalidade que deseja adquirir, que lhe é atraente, o que implica em um abandono da nacionalidade de origem”.¹²⁸ O termo nacionalidade de origem aqui deve ser entendido como nacionalidade anterior. Pinto Ferreira conceitua naturalização como o ato pelo qual alguém adquire a nacionalidade de outro país com a perda da nacionalidade anterior.¹²⁹

Hildebrando Accioly afirma que “o direito de escolher uma nova nacionalidade, ou pela renúncia à nacionalidade de origem, ou pela mudança da nacionalidade adquirida é um dos direitos primordiais do homem”.¹³⁰ Para Roberto Barcellos de Magalhães, “naturalização é o ato em virtude do qual o cidadão de um país renuncia à sua nacionalidade de origem para adotar a nacionalidade do país em que vive”.¹³¹ Em Orlando Soares: “naturalização é o ato gracioso pelo qual o governo de um Estado concede ao estrangeiro nele domiciliado, que o requer, satisfazendo os requisitos legais e renunciando à nacionalidade de origem, passando a usufruir dos mesmos direitos e prerrogativas, de que gozam os nacionais desse Estado”.¹³²

Pontes de Miranda, por outro lado, entende que as expressões naturalização e “mudança de nacionalidade” não necessariamente coincidem. A primeira não pressupõe a segunda. É perfeitamente possível adquirir uma nacionalidade sem se perder a que se tinha ou as que se tinham. Não é necessário, inclusive, possuir uma nacionalidade. Aquele que nasceu apátrida pode adquirir uma nacionalidade via naturalização pela primeira vez na vida. A

¹²⁷ LACERDA DANTAS, Francisco Wildo. Procedimento Especial de Naturalização e de Opção de Nacionalidade. In: **Procedimentos Especiais Cíveis e Legislação Extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 681.

¹²⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 189.

¹²⁹ PINTO, Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 280.

¹³⁰ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 70.

¹³¹ MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **A Constituição Federal de 1967 Comentada**, tomo II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 353.

¹³² SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05.10.1988**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 180.

mudança de nacionalidade só se dá quando da aquisição de uma nacionalidade se perde a outra ou as outras.¹³³

Se o conceito de naturalização não supõe mudança de nacionalidade, em face do Estado Democrático de Direito, tem-se que a exigência de renúncia à nacionalidade anterior dos estrangeiros que se naturalizam no Brasil deve ser feita conforme os seus princípios. Por outro lado, não é assim que vem compreendendo o Poder Judiciário nem a doutrina.

Francisco Wildo Lacerda Dantas demonstrando a visão dominante no Poder Judiciário federal afirma que: “se assentou que com a naturalização voluntária há perda da nacionalidade anterior, cuja renúncia expressa se exige no art. 129, II, do Decreto n. 86.715/81, pelo que, em se tratando de declaração de vontade em direito público, deveria ser feita em termos inequívocos”.¹³⁴ Vera Lúcia Jucovsky diz que a aquisição da nacionalidade brasileira, por meio de naturalização, acarreta a perda da(s) nacionalidade(s) precedente(s), como um dos requisitos válidos para tal finalidade e meio de se reduzir a polipatria.¹³⁵

É de se questionar se o entendimento suprarreferido é apropriado. Será esse objeto de análise deste capítulo.

3.3.Direito à constitucionalização de direitos e Nacionalidade

O Direito Constitucional é ramo da ciência jurídica que se revela como palco de luta histórica. O nascimento formal do constitucionalismo moderno é marcado pela superação das ideias de poder então existentes. Ocorre a passagem do arbítrio do príncipe para a limitação dos poderes constituídos mediante o respeito aos direitos e às garantias fundamentais que, positivados no texto magno, se sobrepõe à vontade dos governantes. Desde a Revolução Francesa,¹³⁶ o direito à nacionalidade foi um dos primeiros a ser definido como garantia constitucional.

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 478.

¹³⁴ LACERDA DANTAS, Francisco Wildo. Procedimento Especial de Naturalização e de Opção de Nacionalidade. *In: Procedimentos Especiais Cíveis e Legislação Extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 701.

¹³⁵ JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. Da Naturalização. *In: Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade*. Campinas: Millennium, 2006. p. 218. Essas foram as palavras da autora, in verbis: “a aquisição da nacionalidade brasileira, por meio de naturalização, acarreta a perda da nacionalidade precedente ou precedentes, o que se afigura requisito para tal finalidade, pelo que deve haver declaração nesse sentido, perante a autoridade competente, com vistas a se evitar a polipatria. Não importa, *in casu*, se o Estado ou Estados aos quais estava vinculado o interessado não permite essa renúncia. Relativamente ao Estado brasileiro ela é válida”.

¹³⁶ Em que pese a posterior inserção nas leis de direito civil por força do Código de Napoleão, com reflexos em como a matéria é regulada até os dias atuais na França. *Vide: MICALI-DROSSOS, Isabella. Cidadania e Nacionalidade no Ordenamento Jurídico da República Francesa. In: Cidadania e Nacionalidade:*

José Afonso da Silva afirma que cada Estado diz livremente quais são seus nacionais. Os fundamentos sobre aquisição da nacionalidade é matéria constitucional, mesmo naqueles casos em que ela é considerada em textos de lei ordinária. No caso brasileiro, é tradicional inscrever no texto Magnó as regras sobre nacionalidade. Assim sendo, no ordenamento nacional, a garantia à nacionalidade é material e formalmente constitucional. Em outros países, como a França, Japão e Itália, a matéria é disciplinada em leis ordinárias, o que não exclui sua natureza constitucional, embora não o seja formalmente. Em todos os casos, o direito de nacionalidade integra o “direito público”, ainda quando venha configurado entre as normas do Código Civil.¹³⁷

É nessa perspectiva, de constitucionalização dos direitos, que as normas sobre aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade quando postas no texto constitucional dos países de Constituições rígidas têm o claro escopo de limitar a atividade legiferante infraconstitucional. Assim é que se procura evitar episódios que coloquem em xeque os direitos humanos como o ocorrida na Alemanha 1938 após a anexação da Áustria, quando o regime nazista colocou em prática a chamada “emigração forçada”, segundo a qual todos os judeus deveriam abandonar o território sob a égide do regime nazista.¹³⁸

Crê-se que os países de Constituições rígidas, em que o poder constituinte originário não se dá ao esforço (ao dever, na realidade) de definir seus nacionais, delegando toda a matéria à infraconstitucionalidade, como faz a República italiana (em que pese o trato amplamente liberal dado ao tema na Itália), afastam-se do conceito de Constituição em sentido material. Matérias como as declarações de direitos e a definição de quem sejam os nacionais, como formas de limitar a atividade do legislador e a interpretação judicial são essenciais nos países civilizados de Constituições rígidas.

3.4. Constituição de 1988 e Naturalização

A Constituição Federal de 1988 define as hipóteses para a aquisição da nacionalidade derivada em duas espécies, art. 12, II: “a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade

efeitos e perspectivas: nacionais - regionais - globais. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 147. Pontes de Miranda diz que o Código Civil francês constituiu regressão ao deixar de aproveitar a solução técnica da constitucionalização da nacionalidade. *Vide*: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 357.

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 322.

¹³⁸ BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. **Direito de Nacionalidade em Face das Restrições Coletivas e Arbitrárias**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 42.

brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira”. Esta última foi modificada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3 de 1994. Pelo texto original da Constituição, exigia-se o prazo de trinta anos.

Classifica-se a hipótese do art. 12, II, “a)” como “naturalização ordinária e a da alínea ‘b’ como naturalização extraordinária”. Observe-se que na primeira hipótese a Constituição delega à legislação infraconstitucional os critérios de aquisição da nacionalidade brasileira derivada (*na forma da lei*). Mas, por outro lado, no caso de naturalização extraordinária, não faz tal delegação. Desse modo, entende-se que os critérios de aquisição são apenas os estabelecidos pela própria Constituição, o que implica um verdadeiro direito público subjetivo à naturalização. Tal dispositivo constitucional impõe-se em sentido contrário ao conceito corrente na doutrina sobre naturalização, o qual a classifica a mesma como ato decorrente do poder discricionário do Estado.

A CF/88 não admitiu a chamada naturalização tácita como as Constituições brasileiras que lhe precederam, as quais desde a republicana de 1891 (art. 69, IV e V) concediam naturalização tácita aos estrangeiros que, se achando em domicílio no Brasil, não declarassem dentro de seis meses do início da vigência magna o ânimo de conservar a nacionalidade de origem. Toda naturalização no Brasil agora deve ser expressa, deve haver manifestação de vontade do interessado em ser brasileiro. É uma homenagem a princípio de Direito das Gentes segundo o qual ninguém é obrigado a pertencer a uma organização política. O pertencer à dimensão pessoal de um Estado não pode ser presumido, o elemento volitivo expresso é indispensável ao ato que estabelece a relação jurídica.

José Afonso da Silva fala que a Constituição de 1988 quis, quanto à naturalização extraordinária, como forma de justiça, facilitar a vida dos que, vivendo dignamente quinze anos ininterruptos sem condenação criminal, mas não podendo lhe impor uma naturalização tácita em respeito à condição de originário de outra pátria, confere-lhes o direito subjetivo a serem brasileiros, bastando a simples manifestação de vontade por mero requerimento.¹³⁹

Dolinger afirma que há hipóteses excepcionais em que a Constituição prescreve o direito à naturalização, como no caso da naturalização extraordinária prevista pela CF/88. Diz

¹³⁹ SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 207.

o autor: “nesses casos a naturalização não é ato discricionário, não depende de critério governamental e deverá ser concedida”.¹⁴⁰

Desse modo, não se pode classificar a naturalização extraordinária prevista pela Constituição brasileira como ato discricionário do Estado. Basta que o interessado satisfaça os requisitos previstos pela CF/88 (que são apenas os dois citados) para ter direito público subjetivo a ser brasileiro. Quanto a esse aspecto, também é o entendimento pacífico dos tribunais, para os quais se afigura como “infectível a exigência de implemento de requisitos outros além daqueles arrolados no artigo 12, inciso II, alínea b, da Constituição Federal”.¹⁴¹

3.5. Estatuto do Estrangeiro e Naturalização

A Lei Federal nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) é o diploma legal que incumbe definir e regular a situação jurídica dos estrangeiros no Brasil. Francisco Wildo Lacerda Dantas classifica as hipóteses de concessão de naturalização dos estrangeiros em quatro espécies: “a) comum; b) extraordinária; c) provisória; d) especial”.¹⁴²

A naturalização comum é aquela concedida ao estrangeiro residente no Brasil pelo prazo de quatro anos e que atenda às exigências do art. 112 do Estatuto do Estrangeiro.¹⁴³ O

¹⁴⁰ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 183.

¹⁴¹ Administrativo. Mandado de Segurança. Estrangeiro. Prorrogação do Registro Provisório ou sua transformação em permanente. Naturalização Extraordinária - Requisitos. 1. Expirado o prazo de validade do registro provisório concedido ao estrangeiro, afigura-se infectível sua prorrogação (Decreto 2.771/98, art. 9º) ou sua transformação em registro permanente (Decreto 2.771/98, art. 11, II). 2. À acolhida a processamento do pedido de naturalização extraordinária é infectível a exigência de implemento de requisitos outros além daqueles arrolados no artigo 12, inciso II, alínea b, da Constituição Federal; nessa equação, tem-se a inexigibilidade da multa prevista no artigo 125, inciso II, da Lei 6.815/80 quando a prova produzida no mandamus aponta à satisfação, pelo impetrante, dos requisitos constitucionais à obtenção da naturalização extraordinária. (TRF4, AMS 2003.72.01.001163-4, Quarta Turma, Relator Amaury Chaves de Athayde, DJ 23/02/2005).

¹⁴² LACERDA DANTAS, Francisco Wildo. Procedimento Especial de Naturalização e de Opção de Nacionalidade. *In: Procedimentos Especiais Cíveis e Legislação Extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 691-692.

¹⁴³ Art. 112: São condições para a concessão da naturalização: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

- I - capacidade civil, segundo a lei brasileira;
 - II - ser registrado como permanente no Brasil;
 - III - residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização;
 - IV - ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;
 - V - exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família;
 - VI - bom procedimento;
 - VII - inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a 1 (um) ano; e
 - VIII - boa saúde.
- § 1º não se exigirá a prova de boa saúde a nenhum estrangeiro que residir no País há mais de dois anos. (Incluído pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

fundamento de validade de tal hipótese se acha na alínea “a” do art. 12, II, da CF/88. A naturalização extraordinária, também conhecida como excepcional ou simplificada, é a deferida ao estrangeiro residente no Brasil há mais quinze anos e sem condenação criminal. Seu fundamento de validade é o próprio art. 12, II, “b” da Constituição de 1988, não incide a exigência de requisitos legais como saber falar e escrever conforme a língua oficial do Brasil.

A naturalização provisória é aquela reconhecida aos que forem admitidos no Brasil durante os cinco primeiros anos de vida que aqui definitivamente radicados a requeiram antes de atingir a maioridade.¹⁴⁴ A naturalização especial é a conferida ao cônjuge casado a mais de cinco anos com diplomata brasileiro em atividade e aos empregados em missão diplomática brasileira ou em repartição consular do Brasil, com mais de dez anos ininterruptos de serviço, conforme o art. 114 do Estatuto do Estrangeiro. Para os originários de língua portuguesa basta um ano de residência ininterrupta, idoneidade moral e os requisitos do art. 112 da Lei 6.815/80.

Por outro lado, em nenhum dispositivo da Lei nº 6.815/80 consta a exigência de renúncia à nacionalidade anterior para os estrangeiros que desejem adquirir a nacionalidade brasileira. Tal Lei prevê toda ordem de exigências como o registro de permanência no Brasil, bom procedimento, condições econômicas de manutenção, capacidade civil, inexistência de denúncia ou condenação criminal, até mesmo a boa saúde é item que se exige. Contudo, nada diz a referida Lei quanto a se exigir a renúncia à nacionalidade anterior como condição para se naturalizar estrangeiros no Brasil. Desse modo, tem-se que nem a Constituição Federal fez tal exigência, nem a legislação ordinária a qual a Constituição delegou tal desiderato.

3.6.Regulamento do Estatuto do Estrangeiro e Naturalização

A exigência de renúncia à nacionalidade anterior feita no Brasil se dá através de Decreto Presidencial. Diz o artigo 129, inciso II, do Decreto nº 86.715/81: “declarar expressamente que renuncia à nacionalidade anterior”. A aquisição da nacionalidade brasileira é processada por portaria de naturalização publicada no Diário Oficial da União, cujo

§ 2º verificada, a qualquer tempo, a falsidade ideológica ou material de qualquer dos requisitos exigidos neste artigo ou nos arts. 113 e 114 desta Lei, será declarado nulo o ato de naturalização sem prejuízo da ação penal cabível pela infração cometida. (Renumerado e alterado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

§ 3º A declaração de nulidade a que se refere o parágrafo anterior processar-se-á administrativamente, no Ministério da Justiça, de ofício ou mediante representação fundamentada, concedido ao naturalizado, para defesa, o prazo de quinze dias, contados da notificação. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

¹⁴⁴ Pontes de Miranda sustenta que os enquadrados nesta hipótese têm direito formativo gerador à naturalização. Vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 508.

certificado relativo a cada naturalizado é emitido pelo Ministério da Justiça, conforme a cabeça do art. 128 do Regulamento do Estatuto do Estrangeiro. Tal certificado é, então, remetido ao Juiz Federal competente para a entrega solene em audiência pública (art. 128, § 1º). Durante a cerimônia de entrega é que deve, o naturalizando, declarar expressamente que renuncia à nacionalidade anterior (art. 129, II).

3.7. Natureza jurídica do Decreto nº 86.715/81

Decreto Presidencial, no ordenamento brasileiro, quanto ao seu poder de normatividade se divide em decreto regulamentador, aquele criado com o objetivo único de conferir fiel execução à lei que lhe deu origem, e decreto autônomo, reintroduzido no Brasil pela Emenda Constitucional nº 32/2001, o qual apresenta um espectro normativo próprio, independente de lei. Tais poderes, concedidos ao chefe do Poder Executivo federal, restringem-se, contudo, aos limites do art. 86 da Constituição Federal.

Em face dessa distinção, constata-se que o citado decreto é de natureza regulamentadora, já que ele próprio assim define a razão de sua existência (art. 1º). Em se tratando de decreto de natureza puramente regulamentadora, não pode o mesmo inovar o ordenamento jurídico brasileiro, destinando-se, exclusivamente, a esclarecer o conteúdo dos preceitos contidos no Estatuto do Estrangeiro, sem lhe aumentar ou restringir o espectro de incidência.

De acordo com Pontes de Miranda, em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica.¹⁴⁵

Para Sérgio de Andréa Ferreira, regulamentar é atividade-meio, consistindo numa atuação instrumental da Administração Pública. Procedimento que autovincula a Administração na execução das leis (CF, arts. 84, IV, e 87, II), pois, o *mister* executivo é próprio da Administração Pública, que, através dos regulamentos, ao invés de decidir em cada

¹⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2. ed., tomo III, São Paulo: Editora RT, 1970. p. 317.

caso concreto, antecipa-se e dispõe normativamente sobre sua conduta, autovinculando-se. Regulamentar é, pois, uma fase do executar.¹⁴⁶

Mesmo se o Decreto em estudo não se autodeclarasse como Instrumento Regulamentador do Estatuto do Estrangeiro, ainda assim, não poderia possuir uma natureza autônoma, pois, frise-se que regular a matéria da naturalização não é atribuída expressa e exclusivamente pela Constituição ao chefe do Poder Executivo nacional, uma vez que não se encontra inserida no rol do art. 86.¹⁴⁷

Em face dessas considerações, torna-se necessário o esclarecimento de ter o Decreto nº 86.715/81 extrapolado ou não seus limites de decreto regulamentador ao exigir a renúncia à nacionalidade anterior como requisito da naturalização. Fica a dúvida se teria o regulamento do Estatuto do Estrangeiro declinado da missão de explicá-lo e facilitar sua fiel execução, indo além do permitido.

O Estatuto do Estrangeiro, como lei em sentido formal e material que é, estabeleceu os requisitos e os efeitos da naturalização sem dispor a respeito da necessidade de renúncia à nacionalidade anterior como condição para tal ato, assim como não delegou, expressamente, em nenhum dispositivo, tal prerrogativa ao seu instrumento regulador.

A nacionalidade e sua renúncia são institutos de direito material e, conforme Pontes de Miranda, o instrumento regulamentador só pode instituir regras jurídicas de direito formal, não lhe cabendo limitar ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição.¹⁴⁸

Dessa maneira, deduz-se que a renúncia à nacionalidade anterior exigida pelo Decreto em exame não se dirige a facilitar a fiel execução do Estatuto do Estrangeiro no curso do processo de naturalização, de modo a concluir que a exigência nele contida é nula. Consoante ensinamento de Pontes de Miranda, “sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que tentou embutir no sistema jurídico”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ FERREIRA, Sergio de Andréa. A regulação como expressão do poder normativo governamental. *In: Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 357.

¹⁴⁷ Segundo José Afonso da Silva o rol do art. 86 é taxativo. *Vide: SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 549.

¹⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, tomo III. 2. ed., São Paulo: Editora RT, 1970. p. 316.

¹⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, tomo III. 2. ed., São Paulo: Editora RT, 1970. p. 317.

3.8.Princípio da Legalidade e Regra da Reserva Legal

A Carta Magna estabeleceu como direito fundamental em seu art. 5º, II que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Por possuir esta natureza de direito superior e não estando expressamente negado, também se aplica aos estrangeiros, mais especialmente, aos naturalizados.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o preceptivo constitucional não diz decreto, regulamento, portaria, resolução ou quejandos, exigindo-se lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados, pois a Constituição brasileira de 1988, conforme tradição já antiga, estabelecida por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade das pessoas.¹⁵⁰

A regra da reserva legal é intrínseca ao Estado de Direito, dele não se desvinculando, sob pena de se comprometer o império da lei que é a sua principal característica.

José Afonso da Silva diz que a lei é o ato oficial de maior realce na vida política. É através da lei, emanada da atuação popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de modo a fazer com que os membros da sociedade saibam de antemão como guiar-se na realização de seus interesses.¹⁵¹

Celso Antônio informa que o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito. Consiste no elemento que lhe qualifica e lhe dá identidade própria.

O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).¹⁵²

Em função desses argumentos e por ser o Brasil um Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, *caput*), é que não se pode ter por legal a exigência feita por um decreto em se renunciar a nacionalidade anterior para se tornar brasileiro. Principalmente, quando a lei ordinária que lhe deu origem não lhe outorgou tal prerrogativa, tendo, a contrário senso, reforçado o princípio constitucional da legalidade (Lei de Estrangeiros, art. 95).

¹⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 310.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 125.

¹⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 71.

Distingue-se o princípio da legalidade da regra da reserva de lei.¹⁵³ Porém, ambas as normas se aplicam à matéria naturalizatória no Brasil. José Afonso da Silva¹⁵⁴, tratando ambas as normas como principiológicas, as separou sob o argumento que a primeira significa a submissão e o respeito à lei, ou ainda atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador (princípio constitucional) e a segunda consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de ser feita, necessariamente, por lei formal (regra constitucional).

No art. 12, II, “a”, a CF/88 reza que são brasileiros naturalizados aqueles que na forma da lei adquiram a nacionalidade brasileira. Assim sendo, levando-se em consideração o preceito de que as normas restritivas de direitos não podem ser interpretadas de modo amplo,¹⁵⁵ deduz-se que todas as exigências de direito substancial para ser tornar brasileiro devem encontrar-se em lei em sentido formal e material.

Se a Constituição determinou que a matéria relativa à naturalização deve-se dar por meio de lei em sentido formal, conclui-se que todas as exigências e renúncias para tal ato se deem pela mesma via normativa. É de se destacar, inclusive, que o Estatuto do Estrangeiro fez exigências ao naturalizando de importância menor que a renúncia à sua nacionalidade anterior. São exemplos: ser registrado como permanente no Brasil (art. 112, II); ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando (art. 112, IV); bom procedimento (art. 112, VI).

3.9.Considerações

Em essência, não se trata de inconstitucionalidade da exigência contida no dispositivo veiculado pelo Decreto que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro, mas, por ser regra jurídica positivada anteriormente à ordem constitucional de 1988, diz-se que não foi recepcionada. Desse modo, seria tecnicamente incabível Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN),

¹⁵³ Canotilho, ao falar em princípio da prevalência de lei e princípio da reserva de lei, segue este mesmo raciocínio. *Vide*: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 701.

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 425.

¹⁵⁵ Assim se posicionou Luís Roberto Barroso quando comentou os tipos de interpretações constitucionais: declarativa, restritiva e extensiva. *Vide*: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 121-124.

Leciona Hugo de Britto Machado que as normas restritivas de direitos não podem ser objeto de interpretação ampliativa de seu alcance. Por se tratar de princípio da hermenêutica jurídico universalmente consagrado. *In*: **Imprescritibilidade da ação declaratória do direito de compensar tributo indevido**. Disponível em: <http://150.162.138.14/arquivos/Imprescritibilidade_da_acaoDDCTI.htm>. Acesso em: 12 fev. 2006.

entretanto, a Lei nº 9.882/99 permite a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), conforme seu art. 1º, parágrafo único, I: “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Por outro lado, destaque-se que a tese da inconstitucionalidade já poderia ter sido suscitada na vigência da Lei Fundamental anterior, pois seu art. 140, II, “b” estabelecia a regra da reserva legal em matéria de naturalização. Tal regra, aliás, foi instituída no Brasil pela Constituição de 1824 que rezava (art. 6º, V) serem brasileiros: “os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização”. Porém, as Constituições Republicanas de 1891 (art. 69, 6º), 1934 (art. 106, “d”) e 1937 (art. 115, “d”) não a mantiveram expressamente, estabeleceram apenas que seriam brasileiros naturalizados: “os estrangeiros por outro modo naturalizados”. A regra só foi expressamente reintroduzida no Brasil pela Carta de 1946 que dispôs (art. 129, IV) serem brasileiros: “os naturalizados pela forma que a lei estabelecer, exigidas aos portugueses apenas residência no País por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física”. O preceito foi mantido pela redação original da Constituição de 1967, não sendo modificado pela EC nº 1 de 1969 e, como já foi dito, ratificado pela Constituição de 1998.

Podem-se fazer questionamentos quanto à discricionariedade em naturalizar estrangeiros. Todavia, não é necessário proceder ao contraponto, no caso em tela, entre discricionariedade política e discricionariedade administrativa, pois a possível discricionariedade que haja no caso de conceder a naturalização por parte do Poder Executivo federal cessa no momento em que o Ministro da Justiça expede o Certificado de Naturalização (alguns países, como a Espanha, chamam de Carta de Naturalização). A exigência de renúncia à nacionalidade precedente é feita apenas no momento da entrega do documento solene. Hipótese, portanto, para impetração de mandado de segurança. A exigência válida deveria ter sido feita em lei como um dos requisitos ao ato de naturalização.

Nos casos de naturalização extraordinária, a questão da nulidade da exigência é mais evidente ainda, pois o estrangeiro deve satisfazer apenas os requisitos constitucionais para ter direito subjetivo à nacionalidade brasileira derivada. Sob a ordem constitucional de 1988, o Poder Legislativo federal pode aprovar Lei que exija a renúncia da nacionalidade prévia para adquirir a nacionalidade brasileira, tornando válida a exigência. Porém, isso se restringe aos casos de naturalização ordinária, pois, em sendo a nacionalidade direito fundamental que compõe o cerne irrestringível da Carta de 1988, não será válida a proposta de Emenda

Constitucional tendente a incorporar requisitos diversos daqueles aprovados pelo poder constituinte originário no caso da hipótese prevista pelo art. 12, II, “b”.

Por ter, provavelmente, suposto o constituinte originário¹⁵⁶ que a legislação infraconstitucional teria legitimidade para inserir tal exigência criou o inconveniente imposto àquele, com a possibilidade de adquirir a nacionalidade brasileira pela via ordinária (com quatro anos de residência ininterrupta no Brasil), em querendo manter a nacionalidade anterior, deverá esperar os quinze anos previstos para naturalizar-se brasileiro (naturalização extraordinária) se houver, no futuro, edição de Lei para fazer a exigência de renúncia à nacionalidade pretérita (apenas possível para os casos de naturalização ordinária). Como se nota, exigir a todos os estrangeiros a renúncia à nacionalidade deles para adquirir a nacionalidade brasileira, só se procede por meio de uma nova ordem constitucional, devido à técnica constitucional do cerne irrestingível.

O Brasil poderia perfeitamente fazer a exigência de renúncia à nacionalidade anterior dos estrangeiros aptos a adquirirem nacionalidade brasileira. Diversos países o fazem respeitando a reserva legal e o Estado Democrático de Direito. No exemplo espanhol, tem-se o caput do art. 23 do Código Civil que diz: “son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia”, completando mais adiante na alínea “b”: “Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 1 del artículo 24”. Prescreve o mencionado “apartado”: “La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen”.

Pontes de Miranda diz que

ainda quando a lei é feita pelo ditador e, pois, pode êle fazer leis, decretos e regulamentos, tem-se de atender a que, se há Constituição, em que se haja discriminado o que tem de ser matéria para regras jurídicas legais, ou para decretos, ou para regulamentos, o arbítrio que tem o ditador não lhe permite que chame lei ao decreto, ou ao regulamento.¹⁵⁷

¹⁵⁶ E supôs com base no entendimento doutrinário dominante (equivocado) segundo o qual a naturalização implica a renúncia da nacionalidade anterior ou das nacionalidades anteriores. Naturalização não é conceito que por si só impõe a renúncia da nacionalidade anterior. Tal entendimento contraria o princípio da atribuição estatal da nacionalidade. Cabe aos Estados definirem se, para aquisição de sua nacionalidade, deve o estrangeiro renunciar ao vínculo anterior.

¹⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 317.

Locke sustenta que a lei é o grande instrumento da coesão social, devendo cada comunidade instituir como primeira lei positiva e fundamental aquela que estabelece o poder legislativo e diz como este deve ser regido, para que, assim, haja preservação da sociedade e de qualquer pessoa que faça parte dela, até o ponto compatível com o bem público.¹⁵⁸

No caso brasileiro, com efeito, a exigência de renúncia à nacionalidade anterior via Decreto pode ser causa de perda arbitrária de uma nacionalidade,¹⁵⁹ descumprindo-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pois o interessado já fez prova de todos os requisitos legais ou constitucionais conforme a hipótese, já se procedeu toda a instrução processual, a Carta de Naturalização já foi devidamente expedida (bem como publicada a respectiva portaria em Diário Oficial) e apenas no momento da entrega deste certificado é que se exige a renúncia. Isto funciona quase como uma chantagem. Só deve o Magistrado entregar a Carta se o interessado prometer só possuir a nacionalidade brasileira? Parece ser um constrangimento à vontade do interessado (principal elemento da regra da optabilidade por uma nacionalidade), a qual deveria ser aferida ao longo do processo. Para que não houvesse vácuo de nacionalidade (apatría), primeiro deveria declarar o indivíduo, com base em exigência legal, no curso do processo, como um dos requisitos, que tem ele a vontade de renunciar à nacionalidade anterior para tornar-se brasileiro, deixando-se os efeitos dessa declaração (encaminhamento do pedido de renúncia à nacionalidade anterior a Embaixada, ou coisa que o valha, do país da antiga nacionalidade) para o momento da entrega efetiva do Certificado de Naturalização. Acredita-se que, no caso de naturalização extraordinária (ou simplificada), por ser direito subjetivo, o constrangimento à vontade do interessado é ainda maior, já que basta o simples requerimento para tornar-se brasileiro.

Além de tudo, a exigência nula via decreto só semeia as iniquidades em desrespeito ao princípio da isonomia. Alguns renunciam, outros não. É o caso do banqueiro Salvatore Cacciola, italiano por nascimento e brasileiro por naturalização. Tal indivíduo, ex-proprietário do Banco Marka, foi condenado por crimes contra o sistema financeiro no Brasil. Sua instituição econômica recebera ajuda financeira do Banco Central do Brasil, afim de que fossem cobertos prejuízos financeiros em operações de câmbio, devido à desvalorização do Real em 1999 durante o governo Fernando Henrique Cardoso. Por esse fato, Salvatore

¹⁵⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 92.

¹⁵⁹ Explica-se o *pode ser*. Há países que consagram em suas Constituições ou nas leis que a simples naturalização em país estrangeiro não é causa de perda da sua nacionalidade (essas referências serão feitas no capítulo seguinte). Deve o portador da nacionalidade deles, além de naturalizar-se em país estrangeiro, requerer expressamente junto a seus órgãos (como, por exemplo, o Ministério da Justiça ou a Embaixada) ou ao Poder Judiciário. É homenagem clara a vontade do indivíduo.

Cacciola foragiu-se na Itália. Oportunidade em que o Governo brasileiro requereu a extradição do condenado ao Governo italiano, sendo tal pedido negado pelas autoridades italianas.

Podem os Estados, com espeque na regra, de Direito das Gentes, da optabilidade por uma nacionalidade exigir que os estrangeiros postulantes ou titulares do direito à sua nacionalidade renunciem ao vínculo jurídico-político anterior. O critério para a aquisição da nacionalidade é, normalmente, o *facultas domicilii*, ou seja, a vontade de se naturalizar (que deve ser expressa em Direito Público, nunca sendo possível, à luz do Estado Democrático de Direito, a naturalização tácita) e a prova do domicílio por determinado tempo. Alguns países, como o Brasil, acrescentam a ausência de condenação criminal.

Evidentemente, devem-se excluir algumas hipóteses como, por exemplo, a da naturalização provisória, a qual, no Brasil, se refere à hipótese reconhecida aos que forem admitidos no país durante os cinco primeiros anos de vida e que, definitivamente radicados, requeiram a nacionalidade brasileira antes de atingir a maioridade (como já citado, Pontes de Miranda entende que tais pessoas teriam direito subjetivo à nacionalidade brasileira), pois, desses indivíduos, não se pode mensurar a vontade em renunciar a outra ou a outras nacionalidades que tenham direito. Observe-se que a regra da optabilidade incide sempre em observação ao elemento volitivo.

Tal exigência tem suas bases filosóficas assentadas sob o fundamento de que, tendo o Estado concedido sua nacionalidade mediante a renúncia (livre e consciente, o indivíduo precisa ser capaz segundo as regras do direito interno) por parte do naturalizando do vínculo jurídico pretérito com outro Estado, o Estado que concede responsabiliza-se perante o Direito das Gentes em promover o dever de amparo quanto aos direitos fundamentais de seu novo nacional. Bem como o dever de não deixá-lo sem nacionalidade por qualquer motivo¹⁶⁰ por sem nítida a preocupação do Direito das Gentes com a apatria. Diz a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade, razão pela qual, se o Estado subtraiu do indivíduo nacionalidade pretérita, deve ele responsabilizar-se no sentido de não retirar a própria nacionalidade que concedeu.

¹⁶⁰ Melhor seria ainda se nunca o deixasse sem nacionalidade (salvo, se assim quisesse o naturalizado), o que não é o caso do Brasil que, por exemplo, pode retirar a nacionalidade daquele (brasileiro naturalizado) que pratica atividade nociva ao interesse nacional – cuja análise será feita no capítulo seguinte com base na lição de Ilmar Penna Marinho. Entretanto, isso pode não ser possível, devido às naturalizações feitas mediante fraude à lei. Aquelas naturalizações engendradas por meio da falsificação de um documento de residência ou de uma certidão de casamento (nos países que admitem o *ius* ou *facultas conubii*), por exemplo. São naturalizações inválidas e, ocasionalmente, quando canceladas, o naturalizado pode ficar sem nacionalidade. A rigor, não constitui causa de perda da nacionalidade. A questão é que, com efeito, a naturalização procedida mediante fraude à lei nunca foi validamente adquirida.

4. NATURALIZAÇÃO DE BRASILEIROS NO EXTERIOR E OPÇÃO DE NACIONALIDADE

4.1. Justificativa. 4.2. Introdução. 4.3. Previsão do Texto Constitucional Original e Revisão Constitucional. 4.4. Direito de Emigração/Imigração. 4.5. Doutrina da Vassalagem. 4.6. Incidência do Direito da Nacionalidade. 4.7. Dessuetude da norma. 4.8. A matéria no Direito estrangeiro atual. 4.9. Considerações.

4.1. Justificativa

O derradeiro capítulo da dissertação tem a intenção de refletir sobre a possível incidência do princípio da optabilidade por uma nacionalidade como fator que visa a reduzir a polipatria no caso de naturalização de brasileiros no exterior conforme prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4.2. Introdução

A Constituição brasileira vigente prevê duas espécies de perda da nacionalidade brasileira, conforme art. 12, § 4º (“Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que”): a perda-punição (“I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional”) e a perda-mudança (“II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.”), não mantendo na nova ordem constitucional instaurada em 1988 a considerada perda-incompatibilidade para aqueles que, sem licença do Presidente da República, aceitasse comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro (CF/67, arts. 146, II e 81, XVIII).

Já houve quem questionasse a perda-punição, como Ilmar Penna Marinho, sob o argumento de que a doutrina da revogação e do cancelamento é antipática e antijurídica, tratando-se de norma combatida por grande número de internacionalistas que nela enxergam uma hipótese de vingança arbitrária do Estado. Os fundamentos da exigência são no sentido de que o Estado carece defender-se dos maus elementos que, ocultando-se sob o manto protetor da naturalização, podem fazer uso das particularidades da qualidade de nacional para exercer atividade social ou política nociva aos interesses do Estado adotivo. Porém, tal

argumento, na visão do tratadista Ilmar, não catequiza ninguém, pois o Estado que se sente ameaçado pela ação de um indivíduo naturalizado terá meios mais eficazes de punir o culpado (pelas regras do Direito Penal) sendo este seu nacional. Quando, na verdade, a prática do cancelamento visa mesmo é à expulsão do indigitado. Mas nada impede que ele, praticante de ato prejudicial ao Estado, volte a conspirar contra o Brasil no seu país de origem ou em outro qualquer. Desse modo, do ponto de vista do Direito das Gentes, semelhante expediente é insustentável e pelo ângulo do Direito interno brasileiro, profundamente injusto e incoerente.¹⁶¹

Com efeito, parecem ser substanciais os argumentos de um dos melhores teóricos da nacionalidade no mundo. Além de tudo, deve-se pensar na vagueza da expressão: “atividade nociva ao interesse nacional”. O que significa isso? Certamente, é algo que pode conferir larga margem ao arbítrio do legislador infraconstitucional. Outro ponto é que, sendo tal exigência herdada de outras Constituições brasileiras, as quais são comentadas por Penna Marinho, parece ser mais inadequada ainda na Constituição Cidadã.

Por outro lado, a presente dissertação visa a questionar os fundamentos constitucionais democráticos que podem dar ensejo a exigir a renúncia da nacionalidade brasileira pelo simples fato de o nacional adquirir outra nacionalidade voluntariamente fora das exceções previstas pela Constituição Federal de 1988, pois é essa hipótese (e não a acima aludida) que se relaciona com a regra da optabilidade por uma nacionalidade. A norma constitucional deve ser lida do seguinte modo: só poderá manter a nacionalidade brasileira caso a outra nacionalidade seja originária ou em sede de imposição da naturalização pela lei alienígena para o exercício dos direitos civis ou para permanência no território estrangeiro. Em não sendo assim, entende o Direito brasileiro que houve uma preterição por parte do brasileiro em ter uma nacionalidade diversa, fato pelo qual se deve “puni-lo” com a perda da nacionalidade brasileira. Resta saber se isso é adequado à técnica constitucional atual e se não desrespeita os direitos humanos ou ainda se é incoerente com outras disposições da própria Constituição brasileira.

Nessa linha, é necessário refletir-se, mais uma vez, sobre o conceito doutrinário corrente de naturalização para se questiona se: será atual a posição doutrinária segundo a qual a naturalização é a forma mais comum de se perder a nacionalidade anterior, devido à mesma por si só, ser tomada como uma declaração de que o indivíduo deseja mudar de nacionalidade?

¹⁶¹ MARINHO, Ilmar Penna. **Tratado Sobre a Nacionalidade**, volume terceiro: do direito brasileiro da nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1957. p. 828ss.

Quem se naturaliza quer necessariamente mudar de nacionalidade ou quer adquirir outra nacionalidade para gozar dos direitos que ela oferece sem a necessidade de perder sua nacionalidade anterior que, por seu turno, também lhe dá direitos que o titular julga importantes para sua vida?

4.3.Previsão do Texto Constitucional Original e Revisão Constitucional

O texto original da Constituição de 1988 estabelecia em seu art. 12, § 4º, II que era causa de perda da nacionalidade brasileira a naturalização voluntária sem exceções (“adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária”). Na época da promulgação da Constituição, ou mesmo antes dela, já havia quem questionasse os limites da exigência.

João Gilberto deu conta de que, naquele período, a doutrina brasileira ainda questionava se o reconhecimento de nacionalidade originária (diversa da brasileira) poderia ser interpretado como naturalização voluntária. Isto porque existia o argumento, ainda influente, de que o exercício de direitos privativos de nacionais de outro país significava o desejo por mudar de nacionalidade. Disse o referido estudioso: “uma coisa é um determinado país considerar o cidadão Fulano seu nacional, enquanto o Brasil considera-o brasileiro. Outra coisa é o Fulano, voluntariamente, exercer direitos da cidadania daquele”, pois, não é responsável o cidadão brasileiro por um Estado distante considerá-lo seu nacional, logo, não significa que o mesmo desejou mudar de nacionalidade. Ainda segundo João Gilberto, duas idéias estariam por detrás dessa norma: 1) O Brasil é um país que recebeu milhões de imigrantes do Velho Mundo e culturalmente não vê com tranquilidade que governos estrangeiros tenham milhares de subordinados em território brasileiro, ainda atingindo a descendência de outros milhares de brasileiros; 2) A adoção do *jus soli* junto com a regra da proibição de adquirir outra nacionalidade são reações jurídicas ao fato de países, principalmente os europeus, adotarem o *jus sanguinis*. Contudo, para o mencionado autor, o Brasil caminha para adotar uma postura amadurecida e aceitar a dupla-nacionalidade. Porém, num momento de crise ou de conflito internacional, a norma poderia ser objeto de interpretações restritivas de direitos.¹⁶²

O Supremo Tribunal Federal tem um precedente antigo sobre a perda da nacionalidade brasileira via naturalização voluntária. Segundo o entendimento do respectivo julgado, a

¹⁶²

GILBERTO, João. Dupla Nacionalidade. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro, p. 4, 23 nov. 1988.

declaração de vontade deve ser feita em sentido inequívoco.¹⁶³ O acórdão se deu em sede de mandado de segurança impetrado por uma estudante brasileira de ascendência judaica que em Israel foi qualificar-se profissionalmente. Ocorre que a impetrante da segurança ingressou no País na vigência da chamada *Lei do Retorno*, aprovada após os acontecimentos ocorridos na Alemanha nazista durante a Segunda Guerra. Pelos critérios de tal Lei, o fato de a estudante entrar em Israel com o ânimo de lá permanecer cumulado com a ausência de declaração em sentido contrário era fator suficiente para adquirir a nacionalidade israelita. O que lhe rendeu uma declaração de perda da nacionalidade brasileira.

A Constituição de 1988 foi inovadora ao positivizar o instrumento da revisão constitucional. Pois previu, já em seu nascedouro, condições especiais de sua própria modificação. Já que, em que pese a inevitável necessidade de atualização dos dispositivos constitucionais nos países da família do Direito Continental romano-germânico, cujas normas não raramente são esculpidas no formato de regras, as Constituições são feitas pensando-se na sua própria durabilidade.

Qual a função jurídica da revisão constitucional? A função não é criar uma nova Carta, seu *mister* é o de sistematizar a Constituição aprovada pelo constituinte originário, retirando-lhe de seu texto certos enunciados ou os modificando para torná-los compatíveis e coerentes com o sentido geral da Carta Magna. Afastado da “tensão constituinte”, anos após a mesma, e atento às possíveis incoerências previstas pelo constituinte originário, o constituinte revisor teve a oportunidade de, vendo a Constituição de 1988 sendo aplicada na prática, modificar ou extinguir previsões constitucionais desconexas ao espírito da considerada Lei Máxima.

Por outro lado, na época, devido à tese dos amplos poderes concedidos ao constituinte revisor, teve-se o receio de que fosse instaurada, em verdade, uma nova Constituição. Marcelo Lavenère Machado chegou a dizer: “os adversários da Constituição de 1988, aqueles que nunca se conformaram com seu texto e orientação, encontram, agora, uma outra maneira de aniquilá-la: a tese da revisão constitucional”.¹⁶⁴

Geraldo Ataliba, de sua sorte, posicionou-se no sentido de que a revisão constitucional só seria possível se o povo brasileiro, via plebiscito, optasse pelo sistema parlamentar ou pela forma monárquica de governo. Mantendo-se o Brasil como República Presidencialista, o art. 3º do ADTC não teria incidido e nada deveria ser alterado. Apenas na hipótese suscitada é que

¹⁶³ “Perda de nacionalidade, por naturalização voluntária. A declaração de vontade em Direito Público, tendo em conta a nacionalidade nata e adquirida. A declaração deve ser em termos inequívocos”. (STF, MS 4442 / SP, Min. Cândido Motta, DJ 25-08-1955).

¹⁶⁴ MACHADO, Marcelo Lavenère. Revisão Constitucional: mito e realidade. In: **Revisão Constitucional: aspectos jurídicos, políticos e éticos**. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 70.

o Congresso iria somente, nas palavras do autor: “dar conseqüência à decisão popular. Irá implementar, com regras adequadas, os princípios inovadores que o povo tenha decidido introduzir”.¹⁶⁵

A tese de Ataliba não prosperou: a monarquia não veio, o parlamentarismo não veio, mas vieram seis emendas de revisão. Modificaram poucos dispositivos constitucionais, é verdade. Que, a despeito do receio, daqueles que se ocuparam do tema no período, devido ao *quorum* inferior a três quintos exigido para as emendas constitucionais normais, as emendas de revisão eliminaram da órbita constitucional alguns problemas jurídicos. Um deles deu-se na seara do direito da nacionalidade com a modificação do dispositivo constitucional que inaugura esse tópico.

Assim é que se foram firmadas duas exceções à regra de que a naturalização voluntária fazia perder a nacionalidade brasileira. Feitas estas pelo constituinte revisor por meio da emenda de revisão nº 3 de 1994. Art. 12, § 4º, II: “a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis”. Tais modificações têm como destinatários diretos o legislador infraconstitucional, o qual não pôde mais classificar tais hipóteses como casos de perda da nacionalidade brasileira, e o judiciário, vendando-se a interpretação das duas exceções como fatores de perda da nacionalidade brasileira.

A primeira em homenagem ao princípio da igualdade entre os Estados, conforme o art. 4º, V, da CF/88, pois, com efeito, o Estado brasileiro não poderia supor que sua nacionalidade valesse mais que a nacionalidade estrangeira. Assim, aquele que possui nacionalidade originária brasileira e nacionalidade originária estrangeira não deve ser forçado a optar por uma delas. Pontes de Miranda diz que são ingênuos os legisladores constituintes dos Estados que supõe poderem riscar a nacionalidade de origem de outros Estados.¹⁶⁶

A segunda por se incompatível com todo e qualquer valor pertencente ao Estado Democrático de Direito. Exigir opção de nacionalidade daquele que se naturaliza em Estado estrangeiro como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis parece ser postura de Estado que não reconhece a Democracia em seu próprio âmbito territorial. Fera também o princípio de prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da

¹⁶⁵ ATALIBA, Geraldo. Superação Jurídica da Constituição de 1993. In: **Revisão Constitucional: aspectos jurídicos, políticos e éticos**. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 35.

¹⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 359.

CF/88), já que, *in casu*, o brasileiro ter-se-ia naturalizado para exercer direitos indispensáveis a manutenção de sua própria vida.

4.4.Direito de Emigração/Imigração

A Constituição da República Portuguesa positivou um direito muito caro que é o direito à emigração. Encontra-se previsto no seu art. 44, 2: “A todos é garantido o direito de emigrar ou de sair do território nacional e o direito de regressar”. Também tutelado pelo artigo XIII, 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: “Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. O direito foi, inclusive, objeto da encíclica *pacem in terris* do Papa João XXIII, diz seu art. 25: “Deve-se também deixar a cada um o pleno direito de estabelecer ou mudar domicílio dentro da comunidade política de que é cidadão, e mesmo, quando legítimos interesses o aconselhem, deve ser-lhe permitido transferir-se a outras comunidades políticas e nelas domiciliar-se”. Complementado pelo “(16)”: “Por ser alguém cidadão de um determinado país, não se lhe tolhe o direito de ser membro da família humana, ou cidadão da comunidade mundial, que consiste na união de todos os seres humanos entre si”.

Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil não o tenha positivado textualmente é direito que decorre do espírito cidadão de suas normas, não podendo ser negada a nenhum brasileiro tal prerrogativa. O direito de emigração tem reflexos no direito das nacionalidades e a prova mais lídima de que o direito de emigração existe no Direito brasileiro é a hipótese de naturalização extraordinária prevista pela Constituição de 1988, verdadeira decorrência do direito de emigração, na qual o estrangeiro que preenche os requisitos constitucionais tem direito público subjetivo à naturalização. Se o estrangeiro tem direito à imigração, pelos princípios da reciprocidade e da isonomia, o brasileiro tem de possuir o correspondente direito de emigração. Parece razoável essa perspectiva. Mesmo porque a CF/88 criou uma hipótese de nacionalidade potestativa, que é clara decorrência do direito de imigração, a qual foi analisada no capítulo primeiro desta dissertação, quando se contrapôs com o conceito de opção de nacionalidade aqui investigado.

Conforme elucidou Ilmar Penna Marinho: “o Instituto de Direito Internacional, desde a sua sessão de Genebra em 1892, reconheceu o direito indiscutível de emigrar, direito que

reafirmou em suas sessões de Copenhague, em 1897, e em outras posteriores”.¹⁶⁷ Em Perez Luño, tem-se que o direito de emigração se fundamenta na ideia de que não se pode obrigar um indivíduo a ser integrante de um Estado à força, pois, a qualidade de nacional se fundamenta na liberdade dos indivíduos em integrar e participar de um determinado modelo de organização política que lhes apeteça, conforme suas convicções e preferências políticas.¹⁶⁸

É necessário atentar para o questionamento que deriva da relação estabelecida entre renúncia de nacionalidade pela simples naturalização voluntária fora das hipóteses previstas no art. 12, § 4, II, da CF/88 e do direito à emigração de brasileiros. Isto porque aqueles que têm conhecimento da exigência constitucional podem deixar de se naturalizarem nos países que decidiram viver no estrangeiro e que, por insistirem em manter a sua nacionalidade pátria, não têm adquirido a do país de acolhimento, sofrendo limitações de vários tipos em suas atividades diárias.

4.5. Doutrina da Vassalagem

Pontes de Miranda ensina que é necessário distinguir nacionalidade de ligiança (*alligantia*). Uma pertence ao Estado Moderno e a outra era fato peculiar em tempos feudais; uma é laço moral, outra é laço de sujeição. *Ligeantia* derivou de *ligius* que significa “absoluto”, o que corresponde a dizer que, de modo nenhum, o indivíduo poderia ter dois suseranos lígios – ao homem não era dado o direito de ter dois ou mais senhores. Isso se deveu ao valor que detinha a propriedade da terra na Idade Média. Sendo a terra o centro de toda riqueza, o súdito deveria manter exclusividade para com a mesma, conseqüentemente, para com seu senhor. Coube aos franceses o sentimento de serem co-nacionais, em vez de súditos. Concomitantemente, o *ius sanguinis*, que já se insinuava e se estendia, passou a preponderar ou, pelo menos, a ombrear com *ius soli*. Foi assim que o sentimento e a técnica da nacionalidade superaram o sentimento à técnica da submissão lígia, sendo, hoje, obsoleto o princípio da aligeância ou sujeição perpétua.¹⁶⁹

¹⁶⁷ MARINHO, Ilmar Penna. **Tratado Sobre a Nacionalidade**, volume quarto: conflitos de leis em matéria de nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1961. p. 30.

¹⁶⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadania y Definiciones. In: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Doxa, nº 25, p. 177-211, 2003. p. 177-184. p. 185.

¹⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. pp. 346, 353, 356, 366.

A China é um daqueles países orientais¹⁷⁰ que, em hipótese alguma, admite a dupla nacionalidade aos seus cidadãos, quer seja por reconhecimento de nacionalidade originária ou não. O que pode ser interpretado como resquício da doutrina da vassalagem ou da subordinação perpétua (*allégeance perpétuelle*), segundo a qual o cidadão é impedido de adquirir outra nacionalidade sem o consentimento do soberano ou chefe de Estado.

No mundo atual, por força do direito à emigração/imigração já não é possível ao chefe de Estado dispor sobre a saída ou permanência de seus subordinados dos limites territoriais sobre os quais incidem seu Direito. Desse modo, como sanção por ter o nacional adquirido outra nacionalidade, positiva no Direito interno que deve o mesmo perder a nacionalidade anterior que fazia *ius*.

A Lei da Nacionalidade da República Popular da China, que data de 1980, estabelece expressamente em seu art. 3º que: “não reconhece a dupla nacionalidade aos cidadãos chineses”. E, reforça no art. 8º: “Quem obtiver aprovação do seu pedido de aquisição de nacionalidade chinesa adquire, de imediato, a nacionalidade chinesa; aquele a quem for concedida a nacionalidade chinesa não pode manter nacionalidade estrangeira”. Diz o art. 9º da referida Lei: “O cidadão chinês que fixe residência no estrangeiro e requeira ou adquira nacionalidade estrangeira, perde automaticamente a nacionalidade chinesa”. Como se percebe, a regra constitucional brasileira (art. 12, §4º, II) guarda similitude apenas com países que, a despeito de sua pujança na seara econômica, ainda não experimentaram o Estado Democrático de Direito sequer no mais formal dos sentidos do termo.

Dentre os países latino-americanos como o Brasil, a ilha de Cuba cuja maturidade política parece ser de *jaez* ainda não muito democrático é que exige tal renúncia e veda qualquer possibilidade de dupla-nacionalidade. Diz o art. 32 da Constituição deles: “No se admitirá la doble ciudadanía. En consecuencia, cuando se adquiriera una ciudadanía extranjera, se perderá la cubana”.

João Grandino Rodas afirma que: em 1824, “quando o princípio feudal da sujeição perpétua ainda estava em voga, a Constituição Imperial (artigo 7º), pioneiramente, dispôs que o brasileiro perdia a nacionalidade quando se naturalizasse em país estrangeiro”.¹⁷¹

¹⁷⁰ Fazem parte desse rol de países a Tailândia e a Coréia do Sul.

¹⁷¹ RODAS, João Grandino. **A Nacionalidade da Pessoa Física**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990. p. 53.

4.6. Incidência do Direito da Nacionalidade

Alguns países, como o Uruguai, fazem distinção entre nacionalidade natural e nacionalidade legal. O suporte fático da nacionalidade originária (natural) se completa com o nascimento, oportunidade em que a norma incide. É como diz, por exemplo, o art. 4º da Lei da Nacionalidade Angolana: “a atribuição da nacionalidade angolana produz efeitos desde o nascimento e não prejudica a validade das relações anteriormente estabelecidas com fundamento em outra nacionalidade”. Já o suporte fático da nacionalidade derivada (legal) se completa quando preenchidos os requisitos da Constituição ou da lei para aquisição de nacionalidade.

Em matéria de nacionalidade, as hipóteses aquisição de nacionalidade são apenas do Estado que a concede. Conforme Pontes de Miranda, é a lei de tal Estado e somente a dele que incide no caso concreto. Nos casos de nacionalidade derivada, o Estado da nacionalidade anterior (se houver) não precisa nem sequer ser avisado que seu nacional adquiriu uma nova nacionalidade.¹⁷² Decorrencia direta do princípio de que cada Estado diz quem são seus nacionais (“atribuição estatal da nacionalidade”). Um princípio de Direito Internacional Público destinado a regular as relações entre os Estados na disciplina do Direito da Nacionalidade, corolário do princípio da não-intervenção e da igualdade entre os Estados – ambos explícitos na CF/88. Pontes de Miranda afirma que: “só o Estado que dá a nacionalidade pode entrar em pormenores de direito substancial”.¹⁷³

A primeira é imposição direta do Direito das Gentes que em norma principiológica respectiva impõe que todo indivíduo tem direito a, pelo menos, uma nacionalidade, cabendo ao(s) Estado(s) reconhecê-la, conforme a Declaração de 1948. Trata-se de direito público subjetivo do indivíduo tal reconhecimento, não podendo o Estado negar-lhe. Observe-se que o procedimento é de reconhecimento e não de constituição. Cabe ao Direito Interno do Estado apenas reconhecer seu nacional em função do dever de ampará-lo. A nacionalidade derivada ainda é conceituada como ato discricionário do Estado concedente, o qual se alcança via naturalização, procedimento constitutivo e não de reconhecimento. Assim sendo, o postulante a naturalizar-se não possui direito subjetivo a nacionalidade almejada. Salvo se o Estado concessor assim determinar em suas regras de Direito Interno. Essa ainda é a visão estabelecida.

¹⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 382.

¹⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 394.

Na nacionalidade originária, o Estado reconhece o direito do indivíduo sob seu raio de amparo. Na nacionalidade derivada, define os requisitos para aquisição de sua nacionalidade, deixando a concessão ao seu poder discricionário. Por outro giro, em ambas as situações, para o reconhecimento ou para a aquisição da respectiva nacionalidade, é a lei do Estado que incide e apenas esta lei. Se alguém nasce em Estado cujo critério de aquisição é o *ius soli*, mas é filho de pai de Estado de *ius sanguinis*, tem direito, então, às duas nacionalidades. Mas a incidência dessas normas ocorre em âmbitos diversos. Não pode esse indivíduo nascer num Estado e exigir desse mesmo Estado as duas nacionalidades.

O fundamento jurídico dessa posição teórica repousa na ideia basilar de que a nacionalidade é um vínculo entre Estado e indivíduo. Logo, não é possível a múltipla incidência de normas estipuladas em ordenamentos jurídicos nacionais estranhos a essa relação. Isto impossibilita qualquer intervenção de Estado estrangeiro nos processos de aquisição de nacionalidade no Estado concedente. Todas as exigências são do Estado que a concede. É assim que o Estado que naturaliza o indivíduo não tem nem o dever de comunicar tal ato ao Estado da nacionalidade anterior (se o indivíduo a tiver).¹⁷⁴ O Código de Bustamante, regulamentado no Brasil pelo Decreto nº 18.871/29, diz em seu art. 12: “As questões sobre aquisição individual de uma nova nacionalidade serão resolvidas de acordo com a lei da nacionalidade que se supuser adquirida”.

O importante a se destacar nesse tópico da dissertação diz respeito ao conhecimento do ato naturalizatório. O Estado nacional só costuma saber que o titular de seu vínculo jurídico-político se naturalizou quando o Estado que concede a nacionalidade exigiu do mesmo a renúncia da nacionalidade precedente. Quando não, fica sem saber (normalmente). No Brasil, aquele que se naturaliza em país que exige renúncia à nacionalidade brasileira, deve requerer a instauração de processo de perda da nacionalidade brasileira junto ao Ministério da Justiça, indicando-se os motivos determinantes de tal pedido. Em alguns países tal pedido pode até mesmo ser negado.

Doutra banda, o nacional que se naturaliza em país estrangeiro, por ser a naturalização procedimento cujas partes são apenas ele e o Estado concedente da nacionalidade, não toma consciência que deve ele renunciar a nacionalidade anterior se o Estado que deve lhe dar a nova nacionalidade assim não exige. O indivíduo tem direito ou adquire uma nova nacionalidade, mas não tendo conhecimento de que, em seu país, isso representa causa de

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 513. No mesmo sentido *vide*: CARVALHO, A. Dardeau de. **Nacionalidade e Cidadania: lei n. 818 de setembro de 1949**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 36.

perda de sua nacionalidade, torna-se titular voluntariamente de outra nacionalidade. Esse é um ponto de total relevância para se aferir o desejo de deixar de ser nacional do Estado anterior.

4.7. Dessuetude da norma

Em decorrência de o Brasil não ter, sequer, o direito de ser formalmente avisado quando seus nacionais se naturalizem em Estado estrangeiro, diversos brasileiros se naturalizam fora das hipóteses constitucionais sem, entretanto, perder a nacionalidade brasileira. É o caso de jogadores de futebol famosos como o lateral esquerdo Roberto Carlos ou centroavante Ronaldo Nazário, os quais quando eram atletas do Real Madrid, adquiriram voluntariamente a nacionalidade espanhola por naturalização (voluntária) com vistas a gozar de alguns benefícios no clube, no país e no continente que jogavam. Isso porque houve a aprovação de regra jurídica na Espanha e em outros países da União Europeia, estabelecendo que só seria admitida a quantia máxima de três jogadores extra-comunitários no elenco dos times. Desse modo, os mencionados atletas se naturalizaram com o fito abrirem espaço para a contratação de novos jogadores não europeus pelo Real Madrid.

Isto foi juridicamente possível devido à regra inscrita no art. 11, “3” da Constituição Espanhola de 1978 que diz: “El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen”. Desse modo, mesmo que os espanhóis não venham a ter direito à dupla-nacionalidade por se naturalizassem brasileiros, os nacionais do Brasil têm esse direito conferido pelo ordenamento espanhol.

Crê-se que não há como incluir os casos dos atletas citados na hipótese prevista pelo art. 12, § 4º, II, “b” da Constituição que diz: “de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis”. Houve imposição pela norma espanhola de naturalizar tais jogadores? Não. A naturalização se deu como condição de permanência no território espanhol? Não. A aquisição se deu para o exercício de direitos civis? Não.

As declarações feitas por Roberto Carlos antes de se naturalizar espanhol dão conta de que nunca houve quaisquer das exceções previstas pela Constituição brasileira no sentido de

forçá-lo a tal procedimento. Sua escolha parece ter sido tomada a partir do mero senso de oportunidade e conveniência em se naturalizar. Disse o lateral-esquerdo em declarações feitas à imprensa, em 17 de agosto de 2004, que em breve iria adquirir a nacionalidade espanhola porque se sentia muito bem jogando na Espanha e que, *ipsis literis*: “Acho que é uma boa decisão adquirir a dupla nacionalidade. Na Espanha, tenho muitos amigos, me sinto contente do favor dos torcedores, e gostaria que meus filhos se educassem ali”.¹⁷⁵

Parece ser um caso de negligência dos poderes públicos brasileiros em aplicar a norma constitucional no caso de pessoas famosas que, como a atriz Sônia Braga, ostentam publicamente a titularidade de outra nacionalidade em concurso com a brasileira. Enquanto isso, pessoas “anônimas” com dupla-nacionalidade podem ter seu passaporte brasileiro cassado em qualquer aeroporto nacional se apresentarem dois passaportes à autoridade competente (sem que se possa afirmar, entretanto, que este fato afeta o Estado de Direito, porque originariamente previsto pela CF/88). O que não homenageia o princípio da isonomia.

O brasileiro desconhecedor da aquisição voluntária de outra nacionalidade como causa de perda da nacionalidade brasileira que se naturaliza em país estrangeiro sem exigência de renunciar à nacionalidade brasileira tem sua nacionalidade cassada muitas vezes por estar de passagem em aeroportos brasileiros, devido a circulares do Ministério das Relações Exteriores que impõe como no art. 2º das instruções baixadas por Raul Pederneiras que diz: “o indivíduo com dupla-nacionalidade, sendo uma delas brasileira, só pode entrar no Brasil com passaporte brasileiro”.

Sábio foi o magistério de Pontes de Miranda: “para se obter a igualização, é indispensável a adoção de fins precisos do Estado. O que mais importa não é fazer iguais os desiguais, o que seria negar a própria igualdade, por não se ver onde ela existe e onde ela não existe. O que mais importa é vedar-se a desigualização dos iguais”.¹⁷⁶ Dessa maneira, é importante que o poder constituinte originário quando se decidir por estabelecer um dever na Constituição, antes reflita sobre a possibilidade técnica de impor seu cumprimento a todos àqueles que a ele estejam subordinados e não apenas àqueles que convém exigir tal prestação, pois, nesses momentos, é que se pode questionar o antagonismo existente entre a Constituição escrita e a Constituição real, proposto por Lassalle. Os fins do Estado devem ser precisos.

Pontes de Miranda afirmou que alguns Estados, ainda no século XX, insistiam em disfarçar suas concepções feudais sobre nacionalidade, negligenciando e desobedecendo a

¹⁷⁵ SANTOS, Ramón. **Roberto Carlos duvida que Owen seja titular no Real Madrid**. Disponível em: <<http://esportes.terra.com.br/interna/0,,OI365173-EI2264,00.html>>. Acesso em 23 de dezembro de 2004.

¹⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 341.

princípio que já se supra-estatalizou. Continua Pontes seu raciocínio com os seguintes dizeres: “os Estados têm toda a liberdade na fixação dos pressupostos com os quais a vontade de perder a nacionalidade pode ser causa suficiente, porém tais pressupostos não de ser suscetíveis de considerarem-se como “indispensáveis”, isto é, não-absurdos, cumpríveis, não extremamente difíceis a ponto de encobrirem a velharia do laço perpétuo da ligiância”.¹⁷⁷

4.8.A matéria no Direito estrangeiro atual

Existe a distinção entre direito estrangeiro e direito comparado. Um dos primeiros grandes comparatistas da modernidade foi Montesquieu com seu *O Espírito das Leis*. Ao direito comparado, incumbe a missão de analisar as semelhanças e divergências entre ordenamentos jurídicos que pertencem à mesma família do Direito: direito islâmico, direito oriental, *common law*, dentre outros – família do Direito é conceito diverso de sistema jurídico. René David, em seu *Os Grandes Sistemas do Direito*, parece colocar o Direito brasileiro como pertencente à família romano-germânica sob a influência do Direito ibérico. Já Mario Losano trata o Direito da América do Sul em capítulo próprio, com características históricas similares.¹⁷⁸ Em razão dessas teorias, preferiu-se chamar o tópico de Direito estrangeiro. Por outro lado, nesta análise, privilegiar-se-ão os países latino-americanos, da língua portuguesa ou com ligações culturais com o Brasil, num esforço de tentar comparar os ordenamentos que mais se aproximam culturalmente ao Direito brasileiro.

A naturalização voluntária como hipótese de renúncia tácita da nacionalidade originária nas constituições atuais é, normalmente, silenciada, como se observa na Argentina¹⁷⁹ ou na Itália, por exemplo.¹⁸⁰ Nesse caso, entende-se que a Constituição não

¹⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 514. Obs.: *Laço perpétuo da ligiância* é a doutrina da vassalagem ou subordinação perpétua já mencionada nesta dissertação.

¹⁷⁸ LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 213ss.

¹⁷⁹ O argentino nunca deixa de ser argentino, salvo se desejar. Mesmo que se naturalize em outro país, continuará sendo considerado argentino para seu ordenamento jurídico. *Vide*: DEL’OLMO, Florisvaldo de Souza. **O MERCOSUL e a Nacionalidade: estudo à luz do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 121ss.

¹⁸⁰ Ilmar Penna Marinho ensina que são três os objetivos do Direito Comparado: a observação, a comparação e a unificação. Tais operações devem ser feitas com o *mister* de se chegar a uma uniformidade legislativa. *Vide*: MARINHO, Ilmar Penna. **Tratado Sobre a Nacionalidade**, volume segundo: do direito comparado da nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1957. p. 9. Como ocorre frequentemente de as Constituições serem omissas quanto à exigência em análise, impossibilitou-se a realização de um estudo realmente comparativo das Cartas Constitucionais, exaurindo o tema. Entretanto, tentou-se uma aproximação com os objetivos da técnica comparativista, quanto à família do Direito a qual o Brasil deve

permite tal condição para o cancelamento de sua nacionalidade – salvo, evidentemente, se a mesma delegar à legislação inferior a matéria da perda de nacionalidade (habitualmente, só delega a positivação dos critérios de aquisição). Entretanto, muitos países preveem a *garantia constitucional* de que, em caso de algum nacional seu, eventualmente, naturalizar-se em outro país, tal fato não importa automaticamente a perda de sua nacionalidade. Neste tópico, dar-se-á visibilidade a estes casos. Normalmente se trata de países que fizeram tal exigência em Constituições pretéritas e nas atuais em vigor a substituíram pela garantia constitucional referida, como forma de limitar a atividade do legislador e a interpretação judicial. O que demonstra o sentido no qual a matéria tem evoluído.

A *Constitucion de la Republica Oriental del Uruguay* faz distinção entre nacionalidade natural e nacionalidade legal. Estabelece seu art. 73: “Los ciudadanos de la República Oriental del Uruguay son naturales o legales”. A primeira hipótese a que se refere o art. 73 corresponde ao que no Brasil se designa por nacionalidade originária e a segunda, nacionalidade derivada. Considera-se uruguaio nato aquele que, conforme o art. 74: “Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales los hijos de padre o madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de acercarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico”. Ao art. 75 da mesma Carta, coube a definição dos casos de nacionalidade derivada.

Interessa, por outro lado, observar o artigo art. 81 da Constituição uruguaia, que prescreve: “La nacionalidad no se pierde ni aun por naturalizarse en otro país, bastando simplemente, para recuperar el ejercicio de los derechos de ciudadanía, acercarse en la República e inscribirse en el Registro Cívico”. Quando aos uruguaios naturalizados, diz o mesmo artigo: “La ciudadanía legal se pierde por cualquier otra forma de naturalización ulterior”. Desse modo, tem-se que: acaso o uruguaio nato se naturalize em outro país e este não exige renúncia de nacionalidade anterior, permanece sendo uruguaio. Os uruguaios naturalizados não gozam do mesmo direito, conforme expressa previsão constitucional.

O art. 96 da Constitución Política de Colombia de 1991 diz: “Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción. Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley”.

pertencer (o que também não é claro dentre os estudiosos). Sistema jurídico já é conceito diverso, conforme analisado no capítulo segundo desta dissertação.

A Constituição da Nicarágua impõe em seu art. 20: “Ningún nacional puede ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional nicaragüense no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad”.

A Constitución de la República de Perú, em seu artigo 53, confere poderes ao legislador infraconstitucional para regular as formas que se adquire ou se recupera a nacionalidade peruana (“La ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad”), mas o limita taxativamente: “La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante la autoridad peruana”. Desse modo, sabendo-se que a naturalização ainda é considerada por muitos como uma espécie de renúncia tácita da nacionalidade anterior, tem-se que, no Direito peruano, a hipótese de exigir a renúncia da nacionalidade peruana pelo fato de alguém se naturalizar em outro país é inconstitucional. Observe-se que a Constituição só delegou ao legislador legal a possibilidade de regular as formas de aquisição e de recuperação da nacionalidade, não as de perda da nacionalidade peruana.

O artigo 34 da Constitución de la República Bolivariana de Venezuela diz que: “La nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad”. O artigo transcrito significa que qualquer indivíduo pode ter duplanacionalidade sem perder a nacionalidade boliviana. O art. 35 é taxativo: “Los venezolanos y venezolanas por nacimiento no podrán ser privados o privadas de su nacionalidad. La nacionalidad venezolana por naturalización sólo podrá ser revocada mediante sentencia judicial, de acuerdo con la ley”.

O parágrafo primeiro do artigo 11 da Constitución *Política de la República de Chile*, aprovada por plebiscito em 1980, reza que a *nacionalidade chilena se perde*: “por nacionalización en país extranjero, salvo en el caso de aquellos chilenos comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo anterior que hubieren obtenido otra nacionalidad sin renunciar a su nacionalidad chilena y de acuerdo con lo establecido en el número 4º del mismo artículo”. Os números 1º, 2º e 3º do artigo 10 da mesma Constituição definem as hipóteses de nacionalidade chilena originária e o número 4º define como competente o legislador infraconstitucional para positivação dos casos de nacionalidade derivada, entretanto, ele próprio exige a expressa renúncia da nacionalidade anterior daqueles que obtiverem a *carta de naturalización*, excetuando os nacionais dos países que tenham firmado tratado internacional que conceda os mesmos benefícios aos chilenos (de conservar a nacionalidade anterior).

O mesmo art. 11 da Constituição do Chile prescreve hipótese semelhante ao art. 12, § 4º, II, “b)” da CF/88: “La causal de pérdida de la nacionalidad chilena señalada precedentemente no regirá respecto de los chilenos que, en virtud de disposiciones

constitucionales, legales o administrativas del Estado en cuyo territorio residan, adopten la nacionalidad extranjera como condición de su permanencia en él o de igualdad jurídica en el ejercicio de los derechos civiles con los nacionales del respectivo país”.

A hipótese é semelhante, mas o espírito da norma é totalmente diverso, pois a Constituição chilena não exige que seu nacional renuncie à nacionalidade do País pela simples naturalização voluntária, mas somente no caso de se naturalizar em Estado estrangeiro como condição para o exercício de permanência no território alienígena ou como condição de igualdade jurídica para o exercício dos direitos civis em face dos nacionais desses países, se o Estado naturalizador exigir renúncia à nacionalidade chilena. Afinal de contas, o mesmo artigo deixou claro que, para a Constituição chilena, o cidadão que se naturaliza sem exigência do Estado naturalizador de renúncia à nacionalidade chilena conserva tal nacionalidade.

O art. 37 da *Constitución Política de la República de Bolivia* de 1967 estabelecia que são bolivianos por naturalização: “Los españoles y latinoamericanos que adquieran la nacionalidad boliviana sin hacer renuncia de la de su origen cuando existan, a título de reciprocidad convenios de nacionalidad plural con sus gobiernos respectivos”. Entretanto, a escrita do art. 39 mencionava: “La nacionalidad boliviana se pierde por adquirir nacionalidad extranjera, bastando para recobrarla domiciliarse en Bolivia exceptuando a quienes se acojan al regimen de nacionalidad plural en virtud de convenios que a este respecto se firmen”. Desse modo, para o constituinte, só poderiam ter direito à dupla nacionalidade aqueles bolivianos amparados por tratados internacionais firmados sobre o tema.

Por outro lado, a *Nueva Constitución Política del Estado Boliviano*, passou a tratar do tema com outra perspectiva. Diz o art. 143, I: “Las bolivianas y los bolivianos que contraigan matrimonio con ciudadanas extranjeras o ciudadanos extranjeros no perderán su nacionalidad de origen. La nacionalidad boliviana tampoco se perderá por adquirir una ciudadanía extranjera”. Inclusive, estendendo o direito à manutenção da nacionalidade anterior ao boliviano naturalizado, conforme o art. 143, II: “Las extranjeras o los extranjeros que adquieran la nacionalidad boliviana no serán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen”.

Devido à situação de milhões de mexicanos que vivem no estrangeiro e que, por insistirem em manter a sua nacionalidade pátria, não têm adquirido a do país de acolhimento, sofrendo limitações de vários tipos em suas atividades diárias, causa o interesse em encontrar formas de propor algum remédio. Ou ainda, simplesmente, pelo contrário, o fato de eles poderem ter perdido a sua qualidade de mexicanos através da obtenção de outra nacionalidade

mediante renúncia da nacionalidade do México, mas querem voltar ao País. Foi nessa perspectiva que o art. 37, “a)” da Constituição do México inovou seu Direito interno ao dispor que: “Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad”. É assim que agora, no México, não se exige mais que o mexicano nato renuncie a nacionalidade originária pelo fato de adquirir uma nacionalidade derivada.

A Lei da Nacionalidade Angolana prescreve em seu art. 15, 1, “a)” que perdem a nacionalidade angolana: “os que voluntariamente adquirem uma nacionalidade estrangeira e manifestem a pretensão de não querer ser angolanos”. Observe-se que os requisitos são cumulativos. Logo, fundamenta-se no fato de o estado estrangeiro exigir renúncia de nacionalidade anterior ou no direito que têm todos os indivíduos de não serem nacionais de um País a qual não manifestem desejo de sê-lo.

O artigo quarto da Constituição da República Portuguesa só enuncia que: “são cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional”. O Decreto-Lei n.º 322/82 é o regulamento da nacionalidade portuguesa. Diz seu art. 21 estabelece três itens sobre a perda da nacionalidade lusa: “1) O que, sendo nacional de outro Estado, não quiser ser português deve declará-lo; 2) Subsiste a nacionalidade portuguesa em relação aos que adquirem outra nacionalidade, salvo se declararem o contrário; 3) A declaração será instruída com documento comprovativo da nacionalidade estrangeira do interessado”.

O art. 11 da Constituição espanhola é o que regula a matéria da nacionalidade. No item 1, delega competências ao legislador infraconstitucional para disciplina os critérios de aquisição e perda da nacionalidade espanhola. No item 2 reza: “Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”. A norma atua em dois sentidos: nem o espanhol que se naturalize em outro Estado perde automaticamente a nacionalidade espanhola, nem aquele que a perdeu fica desamparado pelo direito de reavê-la.

Todas essas normas explícitas só vêm a colaborar com o entendimento atual de que quem deve valer-se da regra da optabilidade por uma nacionalidade, com a (possível) consequente perda da nacionalidade anterior, é o Estado que naturaliza. Ainda teriam os diversos ordenamentos que, silenciando sobre o tema, não positivaram como causa suficiente de perda da sua nacionalidade a naturalização voluntária em outro Estado, o que tem, em certo sentido, praticamente os mesmos efeitos dos países que positivaram como garantia constitucional ou legal.

4.9. Considerações

Cumprindo indagar se tal norma em análise se trata de hiato constitucional ou de norma constitucional inconstitucional. Como já foi dito, segundo Ivo Dantas e Rafaella Lacerda, a mera dessuetude da norma constitucional não implica sua inconstitucionalidade, mas já indica a sua inadequação social (conforme também dizem Bachof, Hart e Pontes de Miranda). Como o Brasil não tem (sequer) o direito de ser informado quanto aos brasileiros que se naturalizam no exterior, voluntariamente ou não, dá-se o desuso da norma em razão da ignorância formal das autoridades brasileiras em relação à maior parte dos casos referentes aos atos naturalizatórios realizados. A norma, portanto, tem a sua cumpribilidade afetada pela natureza do terreno em que quis adentrar, pois a relação jurídica que se estabelece entre indivíduo e Estado naturalizador é independente da relação firmada entre o primeiro e o Estado da nacionalidade anterior.¹⁸¹

Para se questionar a constitucionalidade da norma originária, há dois caminhos: 1) a partir de normas explícitas ou implícitas da própria Constituição de 1988; 2) a partir de normas oriundas do Direito das Gentes. Ivo Dantas e Rafaella Lacerda não reconhecem a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais tomando-se como base a supraestatalidade, para eles, o conflito só pode ocorrer entre normas da própria Constituição.¹⁸² Já Bachof admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais em face de normas supraestatais.

No primeiro ponto de vista, pode-se pugnar pela inconstitucionalidade da norma com amparo no princípio da isonomia,¹⁸³ pois a Constituição de 1988 colocou como causa de perda da nacionalidade brasileira o fato da naturalização voluntária em país estrangeiro fora das exceções previstas. Mas, por seu turno, não exigiu nos casos de naturalização extraordinária renúncia à nacionalidade anterior, grafada em seu texto com *status* de cerne irrestringível. São situações absolutamente similares que o constituinte de 1988 não parece ter-se dado conta. Quanto à naturalização ordinária, delegou os requisitos de aquisição à lei. Contudo, nada diz o Estatuto do Estrangeiro sobre renúncia de nacionalidade anterior. As normas constitucionais

¹⁸¹ Conforme Pontes de Miranda, para positivar preceitos constitucionais o legislador deve conhecer as condições de praticabilidade das regras que adotar, para que não sejam desatendidas desde o início ou removidas pelos fatos. *Vide*: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 199.

¹⁸² DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional: coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: LTr, 2007. p. 45ss.

¹⁸³ Seria o que Bachof chama de inconstitucionalidade de norma constitucional em virtude de contradição com norma constitucional com grau superior. Desse modo, deve prevalecer a norma mais democrática (superior). *Vide*: BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994. p. 54ss.

inconstitucionais devem ser encaradas em termos de direito positivo e os argumentos devem se fundamentar em torno do Estado Democrático de Direito.

O argumento da soberania ilimitada, da idêntica hierarquia das normas originárias (conforme concepção dominante no Supremo Tribunal Federal quando analisou a constitucionalidade da norma contida no art. 33 do ADCT), não parece explicar convincentemente, em termos de direito positivo e de ciência sobre o que se sustentou. A sociedade brasileira precisa saber qual o argumento democrático que dá ensejo (e validade) à positivação da norma em epígrafe. O constitucionalismo de direito internacional já refuta a tese da vontade santificada do Poder Constituinte Originário.

O próprio Sieyès, fundador da teoria do poder constituinte inicial, ilimitado e incondicionado, entra em contradição em sua obra quando atribui ao interesse comum e democrático a razão de ser da assembleia constituinte.¹⁸⁴ Conforme Paulo Bonavides, a teoria de Sieyès careceu de lógica quando o teórico político tentou conciliá-la com a aplicação do regime representativo em matéria constituinte. Ainda em Paulo Bonavides, tem-se que a teoria do poder constituinte em Sieyès aplicada à Constituição francesa de 1791 foi, posteriormente, alterada pelos constituintes de 1793 e 1798, que a reaproximaram de Rousseau, estabelecendo-se, assim, que as Constituições só seriam válidas e perfeitas após o recebimento da sanção do povo numa espécie de *referendum* constituinte, com vista a se evitar abusos da transmutação da soberania popular em soberania parlamentar.¹⁸⁵

A Constituição Federal de 1988 não fez nenhuma exigência de renúncia à nacionalidade de estrangeiros no Brasil (em sentido contrário, concedeu-lhes o direito subjetivo de, em se naturalizando extraordinariamente, conservar a nacionalidade pretérita) e quanto ao seu próprio nacional, mesmo o originário¹⁸⁶ (portador, sem dúvidas, de maior grau de apego ao país, o *ethos* como diz Corral ou a *efectividade* como fala António Marques dos

¹⁸⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: qu'est-ce que le tiers état?** 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 72. Conforme o autor, na íntegra: “conhecemos o verdadeiro objetivo de uma assembleia nacional: não é feita para se ocupar dos assuntos particulares dos cidadãos. Ela os considera como uma massa, e sob o ponto de vista do interesse comum. Tiremos daí a consequência natural que: o direito de fazer-se representar só pertence aos cidadãos por causa das qualidades que lhe são comuns e não devido àquelas que os diferenciam”.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 149, 146.

¹⁸⁶ Não se pode sustentar que a causa de perda da nacionalidade só se aplica ao brasileiro naturalizado. Conforme expressa disposição da CF/88 em seu art. 12, §2º: *a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição*. Desse modo, pela sistemática constitucional, quando a Carta estabelece distinção entre brasileiros natos e naturalizados, o faz expressamente. A norma é identificada, nesta dissertação, como constitucional inconstitucional justamente porque também se aplica ao brasileiro nato. Alguns países positivam em suas Constituições que a naturalização procedida por naturalizado seu em outro país é causa de perda de sua nacionalidade. Troca-se uma nacionalidade derivada por outra derivada.

Santos), grafou, como causa de perda da nacionalidade, a naturalização voluntária. O que parece representar algo essencialmente trinitário. Quis o constituinte originário reduzir a polipatria sob a incidência da optabilidade por uma nacionalidade sem compreender, entretanto, toda a complexidade (incoerência) que envolve a ausência de bilateralidade nas circunstâncias que positivou.

No segundo ponto de vista, deve-se partir das normas de Direito das Gentes. Quanto a essa questão, existe uma dificuldade prévia, qual seja: a de escolher qual norma de Direito das Gentes se fundamenta a argumentação, devido ao atual estágio de pulverização de tais normas.¹⁸⁷ Desse modo, elege-se a Declaração Universal dos Direitos de 1948, por possuir caráter de legitimidade quase inquestionável.

A Declaração data de 1948 e a Constituição é de 1988. Pontes de Miranda faz distinção entre os tratados anteriores à Constituição e tratados posteriores à Constituição. Comentando a Constituição de 1969, afirmou que, perante aquela ordem constitucional, os tratados posteriores à Carta Magna estariam no mesmo nível hierárquico das leis, sendo os mesmos também leis. Todavia, os tratados anteriores à Constituição, válidos em Direito das Gentes, não poderiam ser afetados pela Carta Política. Nesse sentido, “o primado do direito das gentes é indiscutível”.¹⁸⁸ Flávia Piovesan diz que os Tratados Internacionais constituem acordos obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*) em relação aos signatários. No conflito entre norma internacional e norma de direito interno, deve prevalecer a mais favorável aos direitos humanos.¹⁸⁹

Diz a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade. O arbítrio reside em subtrair a nacionalidade de alguém sem o seu consentimento (consciente). As causas consideradas arbitrárias de perda de uma nacionalidade evoluem, conforme evolui a ciência e as relações sociais, o que é causa arbitrária hoje não foi ontem. Pontes de Miranda diz que Ciência do Direito não é ciência de um direito positivo, mas ciência dos direitos positivos, da evolução deles. Por isso é que se pode dizer que algum artigo de lei é errado, que não corresponde a nenhuma necessidade prática do povo a que se aplica. Toda Constituição contemporânea precisa ser obra meditada,

¹⁸⁷ João Maurício Adeotado fala de problema semelhante ao tratar da diferenciação e pulverização das ordens éticas, o que leva a uma vitória parcial do positivismo estatal em face de um direito reflexivo, um direito comprometido em reconhecer as limitações das normas postas como fontes da adaptação social. *Vide*: ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 269-277.

¹⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 299.

¹⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 67ss.

profunda, de ciência política e de técnica jurídica. Quando as Constituições têm máculas estranhas, de algum modo se limpam e se colorem com os elementos do nível do saber. Mais importante do que ferir a Constituição é adequá-la aos princípios da civilização em que ela tem de se inserir e ser aplicada.¹⁹⁰

A despeito de terem feito a mesma exigência que o Brasil no passado, outros ordenamentos evoluíram, com base nos pressupostos do Estado Democrático de Direito, para reconhecerem que a simples naturalização voluntária em país estrangeiro não dá ensejo à perda de suas nacionalidades. Esse é caminho que tem seguido o costume internacional democrático. Por esta razão, já se pode afirmar com boa margem de convencimento que a imposição feita pelo Brasil constitui uma verdadeira forma de perda arbitrária da nacionalidade.

Torna-se necessário compreender por que o costume internacional tem seguido esse curso. A garantia posta na Constituição de muitos países de que a simples naturalização não implica perda de sua nacionalidade repousa no elemento volitivo da naturalização. Aquele que se naturaliza em país estrangeiro não necessariamente significa que deseja, ele, deixar de pertencer à organização política em que nasceu. Não ocorre a ele abrir mão do *demos* e do *ethos* da sua nacionalidade originária. Ele, muito provavelmente, nem tem consciência de que seu país deixará de considerá-lo seu nacional por ter-se naturalizado em país estrangeiro. E se souber, desejando manter a nacionalidade brasileira e retornar um dia ao Brasil ou ainda transmitir sua nacionalidade originária a seus descendentes, pode passar anos residindo em outro Estado sem adquirir a nacionalidade deste país que, com efeito, não o obriga a renunciar à nacionalidade brasileira. O que lhe poderá acarretar sérias restrições de direitos ou mesmo de inclusão na sociedade em que vive, contrariando-se, pois, o direito à emigração.

Alguém que vá realizar estudos em país estrangeiro, sem o ânimo de lá permanecer, pode, a depender do Estado, adquirir a nacionalidade deste após um ano de residência ininterrupta. Não deseja esta pessoa abrir mão da nacionalidade brasileira e, com muita frequência, nem imagina ser isso possível, mas, tão somente, ter a sua vida facilitada, deixando de se submeter à exigência de vistos, tratamento diferenciado pela polícia, pelos próprios nacionais do país em que vive (preconceito – e nessa hipótese não cabe recurso como fala Hannah Arendt), ter acesso mais facilitado ao gozo dos direitos sociais, enfim, incluir-se mais apropriadamente na sociedade, conforme lhe permite o Estado Democrático de Direito e o grau estatal de cidadania (conceito inclusivo).

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. pp. 210-211, 6.

Quis, por outro lado, o Brasil impor um princípio de nacionalidade única, que não existe em Direito, exercitar o direito de exclusividade que não lhe pertence. Com base em doutrina da vassalagem, quis manter súdito aquele que historicamente nasceu como cidadão. O nacional é justamente aquele que foi emancipado da condição medieval de súdito, aquele que pertence a uma organização social mais estável que as castas, a tribo ou o clã. O círculo social aumentou e com ele procedeu-se à diminuição do quanto despótico.

Diz Pontes de Miranda que, quanto maior o círculo social, mais tolerantes são suas normas e o são tolerantes para incluir e adaptar, mantendo-se a coesão pretendida.¹⁹¹ A imposição feita pelo Brasil é equivalente àquela feita, sob o âmbito de círculo familiar, do pai que ameaça deserdar a filha em hipótese de casar esta com partido que não o apeteça. Ocorre que a elasticidade da tolerância no âmbito do clã é bem inferior a do âmbito estatal.

O constituinte de 1988 maculou a Constituição Cidadã ao incorporar norma que se originou na Constituição de 1824, desrespeitando as atribuições concedidas pelo poder estatal para instaurar um Estado Democrático de Direito. Foi além do seu mandato, dispondo no texto constitucional exigência que só se justificava no passado, hoje incoerente com a realidade democrática.

Pode ter sido admissível fazer a exigência em análise sob a ordem de 1824 em face da realidade social daquele período. Realmente, num tempo que se viajava durante semanas de navio para outros países, que as pessoas imigravam com o ânimo predominante de, no exterior, traçarem seus destinos, quando os prazos para se adquirir uma nacionalidade eram maiores, num tempo em que as nações não raramente estavam guerreando entre si e muitas vezes os antigos nacionais em serviço militar no Estado da naturalização eram obrigados a combater contra seus antigos compatriotas. É de se entender tal exigência num mundo pautado pelos imperativos da segurança.

Por outro giro, imagine-se um mundo em constante trânsito de pessoas em emigração e imigração, com avião, telefone, internet, prazos encurtados para se adquirir uma nacionalidade, onde alguns países já tratam a naturalização como direito subjetivo.

Imagine-se um mundo em que aquele que vai morar em país estrangeiro e adquire a nacionalidade dele, mas mantém, por força dos meios de comunicação atuais, o *ethos* de sua nacionalidade originária em constantes diálogos com a família, os amigos, contatos profissionais, até mesmo a esposa ou filhos, nutrindo o constante desejo por voltar à sua terra. Não abandona, pois, a vontade de manter seu vínculo jurídico-político.

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução à Sociologia Geral**. Campinas: Bookseller, 2003. p. 162.

Note-se a atual tendência do Direito brasileiro em contemplar os casos de aquisição da nacionalidade via *ius sanguinis* (direito de emigração), pense-se no espírito geral (democrático) da CF/88. Perceba-se a incoerência disso tudo com a exigência analisada. O constituinte de 1988 parece ter, sob a influência do misoneísmo e da falta de conhecimento do tema, mantido postulado em nível constitucional, o que só justifica sob o rastro da tradição em positivar causas de perda da nacionalidade brasileira na Carta Magna. Concepção atrasada, antipática e pré-moderna.

CONCLUSÃO

É, com efeito, à luz da regra da optabilidade por uma nacionalidade, possível que o Estado que naturaliza um indivíduo exija como requisito para a aquisição de sua nacionalidade a renúncia ao vínculo (ou aos vínculos) jurídico-político anterior, pois, se não existe princípio da nacionalidade única, também não existe princípio da nacionalidade múltipla. O Direito das Gentes conferiu competência ao Direito Interno para legislar sobre aquisição de nacionalidade, devendo-se assumir o compromisso de evitar a apatria. A polipatria é, então, algo casual, fruto do encurtamento das distâncias e da intensidade do trânsito de pessoas que estabelecem relações não apenas com seu Estado de origem.

Por outro lado, a exigência de renúncia à nacionalidade anterior deve ser feita com respeito aos dispositivos constitucionais e legais do ordenamento jurídico interno. Se a Constituição originalmente previu todos os requisitos para o ato naturalizatório, não pode a Lei criar outros. Se a Constituição delegou a matéria à legislação infraconstitucional, tem a mesma poderes para formular os requisitos necessários à naturalização, dentre os quais a renúncia à nacionalidade(s) precedente(s). Não fazendo a Lei tal exigência, jamais seu Regulamento poderá fazê-la, exorbitando sua função regulamentadora em desrespeito ao princípio da legalidade e à regra da reserva de lei, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

Importante salientar que tal naturalização deve ser expressa em homenagem ao elemento volitivo indispensável à renúncia a uma nacionalidade. O indivíduo deve expressamente aceitar a possibilidade de ruptura com seu vínculo jurídico-político precedente. Desse modo, a naturalização tácita como hipótese de renúncia ou perda da nacionalidade é, de fato, causa de desfazimento arbitrário de uma nacionalidade, proibida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

É de se destacar, também, a diferença entre renúncia à nacionalidade e perda da nacionalidade. O Estado que naturaliza pode exigir a renúncia da nacionalidade pretérita, mas a perda incumbe às regras do Direito estrangeiro da nacionalidade que se intui extinguir, pois, alguns ordenamentos, como o argentino, dispõem que sua nacionalidade nunca se perde, salvo se assim desejar o titular.

No exemplo citado, o ordenamento brasileiro poderia exigir em Lei ou na Constituição a renúncia, mas, para o Direito argentino, aquele indivíduo continuaria sendo considerado seu

nacional, dando-se apenas a suspensão dos direitos políticos. Outros ordenamentos ainda, mesmo mediante a naturalização em outro país e pedido de renúncia por parte do titular de sua nacionalidade, não suspendem o exercício dos direitos políticos ou requerem apenas o restabelecimento do domicílio em seu território para que se exerçam tais direitos.

Existem Constituições que nada dispõem sobre nacionalidade. É o caso da Itália, cuja Constituição nada prescreve quanto ao tema da nacionalidade, mas a legislação é amplamente liberal. Observe-se que, no caso italiano, a competência da legislação é extraída diretamente do Direito das Gentes, sem intermédio constitucional. O que é indesejável sob o ponto de vista da constitucionalização de direitos. Precisa-se de certo grau de amadurecimento político para se fazer tal opção. Entretanto, em momentos de crise ou conflito internacional, pode ocorrer, mesmo em países democraticamente consolidados, a superveniência de legislação restritiva.

A maior parte das Constituições dos Estados nacionais na atualidade, embora regule a matéria da nacionalidade, não positiva como hipótese de perda da nacionalidade originária a naturalização em país estrangeiro. Evidentemente que esta perda pode ocorrer mediante a vontade do titular da nacionalidade por se naturalizar em país que exija renúncia, o que não contraria as atuais teorias volitivas da nacionalidade, o direito de emigração, a Democracia, dentre outros aspectos. Contudo, é de se destacar que o silêncio constitucional já indica compreender a hipótese como causa de perda arbitrária de uma nacionalidade.

Algumas Constituições asseguram a garantia constitucional segundo a qual a naturalização em outro Estado não implica perda de sua nacionalidade, o que facilita o direito do titular, mediante o socorro aos remédios constitucionais que o ordenamento preveja para proteção do direito líquido e certo.

Outras Constituições são omissas quanto à causa de perda da nacionalidade em estudo, delegando a Lei às hipóteses de aquisição. Nesse caso, seria incabível fazer tal exigência mediante Lei. Entretanto, há Constituições que remetem a matéria da perda e da aquisição da nacionalidade à Lei. Nesses casos, em se positivando a naturalização voluntária em outro país como causa de perda, fica mais fácil se questionar a sua validade, com amparo nos princípios democráticos da Constituição e nos tratados internacionais, o que assegura o controle de constitucionalidade nos países de constituições rígidas.

Por outro lado, algumas Constituições positivam tal exigência. É o caso brasileiro, o qual não seguindo o curso da maioria dos países democráticos, manteve a tradição já secular

de definir a naturalização voluntária em outro Estado como causa de perda da nacionalidade. É verdade que o constituinte revisor fez algumas ponderações ao texto original com vistas a limitar a atividade do legislador infraconstitucional e do Poder Judiciário. Contudo, parece, ainda assim, ser uma solução inadequada, pois, como disse Pontes de Miranda, a nacionalidade é um vínculo moral e não de sujeição como a vassalagem na Idade Média. Existe, de fato, um sentimento de pertença ao Estado, um *ethos*.

A doutrina brasileira ainda tem assentado que a naturalização tacitamente implica o desejo de mudar de nacionalidade, quando, na verdade, toda renúncia de nacionalidade deve ser expressa em respeito à vontade do titular. É assim que o ordenamento brasileiro ainda impõe como causa de perda da nacionalidade a naturalização voluntária em outro Estado, por supor que o nacional desejou mudar de nacionalidade, quando, na verdade, não é o que comumente ocorre. Não se quer necessariamente mudar de nacionalidade, não se quer necessariamente deixar de ser brasileiro.

A nacionalidade, enquanto direito, no estágio científico atual, nada mais é do que a vontade, juridicamente amparada (conforme os critérios de aquisição), de pertencer a uma organização política estatal. O vínculo que se estabelece é que decorre da vontade. O Estado brasileiro rompe o vínculo iusfundamental, como diz Corral, sem prestar atenção ao elemento volitivo do brasileiro nato. Expatria seus filhos querendo impor um princípio da nacionalidade única que não existe.

O fundamento filosófico que reforça ser inconstitucional a norma posta na Constituição impondo a perda da nacionalidade por naturalizar-se voluntariamente em outro país se situa no dever de amparo que tem o Estado para com seus nacionais. Não pode o Brasil utilizar como argumento a naturalização de brasileiro nato em país estrangeiro como forma de se abster do dever de amparar seu nacional. Não pode ele confiar que o Estado concesso da nova nacionalidade irá assegurar o gozo dos direitos fundamentais do indivíduo, quando isto era dever originário seu. Não tem o Brasil também como controlar as causas de perda da nacionalidade adquirida em substituição à sua. O que incentiva a apatria. Quando, na verdade, tem o Estado brasileiro o deve evitar tal ocorrência.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3.d. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Limites Éticos do Poder Constituinte Originário e da Concretização da Constituição pelo Judiciário. **Revista do Mestrado em Direito**. Osasco, Ano 5, n.5, p. 85-102, 2005.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. **Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- ATALIBA, Geraldo. Superação Jurídica da Constituição de 1993. *In*: **Revisão Constitucional: aspectos jurídicos, políticos e éticos**. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. **Direito de Nacionalidade em Face das Restrições Coletivas e Arbitrárias**. Curitiba: Juruá, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. **Modernidade reflexiva: trabalho e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Unesp, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BUZAID, Alfredo. É Constitucional o art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988? *In*: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 80, nº 669, p. 7-9, jul., 1991.
- CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os Limites do Poder Constituinte e a Limitação Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CAHALI, Yussef. **Estatuto do Estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, A. Dardeau de. **Nacionalidade e Cidadania: lei n. 818 de setembro de 1949**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CORRAL, Benito Aláez. **Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia: ¿a quién pertenece la constitución?** Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

COSTA, Antônio Brasileiro da. **Nacionalidade**. Belo Horizonte: UFMG, 1965.

CRUZ, Luís Dilermano de Castello. Opção Inconstitucional pela Nacionalidade brasileira: criação fraudulenta de brasileiros natos. *In: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. nº 37, p. 59-65, ano 19, jan./dez., 1963.

DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teria da Inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional: coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: LTr, 2007.

DEL´OLMO, Florisvaldo de Souza. **O MERCOSUL e a Nacionalidade: estudo à luz do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A regulação como expressão do poder normativo governamental. *In: Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Regras de Direito**. São Paulo: Lejus, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. Da Naturalização. *In: Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade*. Campinas: Millennium, 2006.

_____. Opção de Nacionalidade. *In: Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade*. Campinas: Millennium, 2006.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: LP&M, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA DANTAS, Francisco Wildo. Procedimento Especial de Naturalização e de Opção de Nacionalidade. *In: Procedimentos Especiais Cíveis e Legislação Extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LINTON, Ralph. **O Homem: uma introdução à antropologia**. 12. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOUIS-LUCAS, Pierre. **La Nationalité Française: droit positif et conflits de lois**. Paris: Recueil Sirey, 1929.

MACHADO, Marcelo Lavenère. Revisão Constitucional: mito e realidade. *In: Revisão Constitucional: aspectos jurídicos, políticos e éticos*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Instinto de Nacionalidade & outros ensaios**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1999.

MARINHO, Ilmar Penna. **Tratado Sobre a Nacionalidade**, volume primeiro: do direito internacional da nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1956.

_____. **Tratado Sobre a Nacionalidade**, volume terceiro: do direito brasileiro da nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1957.

_____. **Tratado Sobre a Nacionalidade**, volume quarto: conflitos de leis em matéria de nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1961.

MARSHALL, Thomas. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MICALI-DROSSOS, Isabella. Cidadania e Nacionalidade no Ordenamento Jurídico da República Francesa. *In: Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais - regionais - globais*. Ijuí: Unijuí, 2003.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967.

NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce Homo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PINTO, Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda constitucional nº I de 1969**, tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. 4. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1983.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 5. ed., revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODAS, João Grandino. **A Nacionalidade da Pessoa Física**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

SAINT-PIERRE, Abbé de. **Projeto para tornar Perpétua a Paz na Europa**. Brasília: Unb, 2003.

SANTOS, António Marques dos. **Estudos de Direito da Nacionalidade**. Coimbra: Almedina, 1998.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. *In: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas*, ano 1, nº 1. Maceió: Nossa Livraria, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: qu'est-ce que le tiers état?** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Comunitário e da Integração**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SORTO, Fredys Orlando. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: *status* jurídico dos Direitos Humanos em face de novo modelo de organização política. *Verba Juris*: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 5, nº 5, p. 437-470, jan./dez. 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadania y Definiciones. *In*: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Doxa, nº 25, p. 177-211, 2003.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Denise Silva de. **O Indivíduo como Sujeito de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2004.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.