

DIREITO CONSTITUCIONAL

Estudo sobre o art. 69 n.ºs 2.º e 3.º da Constituição da Republica

Art. 69: São cidadãos brasileiros :

- 2.º Os filhos de pai brasileiro e os illegítimos de mãe brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, si estabelecerem domicilio na Republica ;
- 3.º Os filhos de pai brasileiro, que estiver noutro paiz ao serviço da Republica, embora nella não venham domiciliar-se.

(*Const. da Rep. dos E. U. do Brazil*).

Summaric:

- I. As expressões «*filhos de pai brasileiro*», do art. 69 n. 2.º da Constituição, comprehendem tambem os filhos illegítimos?
- II. Nas condições desse artigo, perde a nacionalidade brasileira o filho illegítimo de mãe brasileira, legitimado ou reconhecido por pai estrangeiro?
- III. Os cidadãos que adquiram a nacionalidade brasileira nos termos do art. 69, ns. 2.º e 3.º são brasileiros—natos ou naturalizados?'

I

O legislador constituinte, como resalta de diversas disposições do nosso estatuto fundamental, distinguiu duas especies de direitos:—os civis e os politicos,

Refere-se o direito civil ás relações privadas de todos os membros da sociedade; compete a todas as pessoas, sem distincção de nacionalidade. O direito politico, porém, não é o attributo de todos os homens, mas tão sómente daquelles que constituem a sociedade politica e são membros componentes do Estado. Este direito é prerogativa dos cidadãos, apanagio exclusivo dos nacionaes.

A' legislação civil compete reger as relações privadas da ordem social, á constituição politica o dominio do direito publico.

Tendo proclamado no art. 1.º que a Republica Federativa é a forma de governo adoptada pela Nação Brasileira, cumpria á Constituição declarar os elementos constitutivos da nacionalidade. Ella o fez no artigo 69 e seus paragraphos.

Posto que o facto do nascimento, firmado como a base primordial da nacionalidade, tenha sido alvo de censuras violentas de alguns publicistas, e objecto de graves increpações do MARQUEZ DE S. VICENTE, em sua notavel obra de direito publico brasileiro (1); não obstante, adoptando-o conformou-se o legislador patrio com os verdadeiros principios da doutrina, prestou homenagem á soberania das nações, acompanhou o desenvolvimento historico e scientifico da questão e, finalmente, manteve-se fiel á tradição do nosso direito publico patrio (2).

O lugar do nascimento encarado como base fundamental e regra determinadora da nacionalidade, já era um principio conhecido nas mais antigas legislações; predominava no direito romano, subsistio no regimen feudal, resistio, nos tempos modernos, ás tem-

(1) PIMENTA BUENO, *Direito Publico Brasileiro*, n. 621.

(2) Constituição de 25 de Março de 1824, art. 6.º

pestades da Revolução, e hoje se acha consignado em todos os códigos como o pensamento capital dos povos hodiernos sobre este momentoso ponto de direito publico.

Embora circumstancias anômalas tenham originado por vezes ora a restricção vexatoria, ora a excessiva e prodiga liberalisação do direito de cidade, todavia — nunca tem sido completamente proscripto o principio da nacionalidade *jure soli*, firmado no n. 1.º do art. 69 da nossa Constituição de 24 de Fevereiro de 1891.

O mesmo publicista brasileiro, commentando a Constituição do Imperio, condemnava o preceito do seu art. 6.º, § 2.º, que foi quasi litteralmente reproduzido no art. 69, n. 2 da Constituição da Republica.

Entretanto, além das considerações juridicas e altamente politicas que podem ser invocadas em defesa da theoria constitucional, pouco mais fizeram os nossos legisladores constituintes de 1824 e de 1891 do que consignar as prescripções vigentes entre quasi todas as nações do mundo civilisado; e vieram firmar, com a restricção final desse numero e desse paragrapho, o unico preceito capaz de extinguir os conflicts nas legislações, de conseguir a solidariedade e a harmonia nas relações internacionaes.

O principio contrario ao consagrado pelo direito publico patrio, isto é aquelle preferido pelos codigos que não exigem, além da origem, o domicilio subsequente, para que sigam a condição politica paterna os filhos de nacionaes, nascidos em paiz estrangeiro; sobre ser contradictorio e inconsequente, produz absurdos ante os quaes recuam os seus proprios sectarios. Torna-se inefficaz e sem prestigio pela impossibilidade da sancção. Com effeito, se o simples e unico facto da origem communicasse ao filho nascido em

paiz estrangeiro a nacionalidade do pai, é evidente que em breve tempo, estendendo-se o mesmo principio aos descendentes daquelle, achar-se-ia um paiz povoado, em sua maioria, de cidadãos pertencentes a outras nacionalidades.

Se tal principio fosse universalmente adoptado, se o direito que delle dimanava, reconhecido por todos os povos: qual seria o futuro de uma nacionalidade nascente e que recorresse á immigração estrangeira para augmentar a sua população, fonte suprema de riqueza, prosperidade e poder?

Uma vez, porém, que este principio não é reciprocamente reconhecido pelas nações, e não ha nem é possível harmonia nas legislações, de que meios dispõem os povos para tornarem effectivas as suas pretensões leoninas, para resguardarem o predomínio daquellas disposições filhas da soberba ou de uma desregrada ambição?

Procedeu, por tanto, com toda a sabedoria o nosso legislador constituinte, outorgando o direito de cidade aos filhos de brasileiros, que, nascidos em paiz estrangeiro, vierem — *estabelecer domicilio no Brazil*.

Acerca do espirito do art. 6.º, § 2.º da Constituição do Imperio importantes duvidas haviam sido suscitadas. Não n'as resolveu a Constituição da Republica, que não fez mais, nesta parte, do que reproduzir, com ligeira alteração de forma, o mesmo texto da constituição monarchica.

Diz o art. 69 da nossa Constituição vigente:

«São cidadãos brasileiros:

.

2.º Os filhos de paes brasileiros e os illegitimos de mãe brasileira nascidos em paiz estrangeiro, si estabelecerem domicilio na Republica.»

Entendem alguns commentadores, e entre elles FRANÇA E LEITE, (3) que, juxta-postas umas ás outras, as expressões — «*filhos de pai brasileiro*» e — «*illegitimos de mãe brasileira*» — revelam que não teve em mente o legislador, na primeira parte deste preceito, referir-se senão aos — filhos *legitimos* de pai brasileiro.

«A alguns parecerá, diz esse autor, que a Constituição (4), fallando do filho illegitimo de mãe brasileira, tem excluido os filhos illegitimos de pai brasileiro. Nós somos dessa opinião. A maternidade é difficil de esconder-se. . . ; por isso, se uma brasileira tem um filho em paiz estrangeiro, não sendo ella casada, esse filho pertence inteiramente a ella; e sendo ella brasileira, o filho toma a condição de sua mãe, conforme a regra — *partus sequitur ventrem*.

Isto não se póde dar com a paternidade; e tudo que concorre para produzi-la é tão occulto pela natureza, que a sociedade para determinar os direitos de familia, na ausencia de provas physicas, recorre a um principio moral, o casamento; e por esse facto se estabeleceu a regra da paternidade — *pater est is quem justæ natiæ demonstrant*. Fóra, pois, desta regra, não pode haver paternidade moral, e por isso a Constituição não reconheceu brasileiros os *filhos illegitimos* de pai brasileiro nascidos em paiz estrangeiro» (5).

Parecem-nos improcedentes os argumentos produzidos pelo illustre autor das *Considerações politicas sobre a Constituição do Imperio*.

(3) FRANÇA E LEITE, *Considerações politicas sobre a Constituição do Imperio*.

(4) Refere-se elle (pois escrevia em 1873) á Constituição monarchica de 1824; mas, como vimos, o art. 6.º § 2.º della foi, na parte analysada, litteralmente reproduzido pelo art. 69 n. 2 da Constituição da Republica. São, portanto, perfeitamente cabiveis ao texto vigente tanto a critica do DR. FRANÇA E LEITE como a refutação que lhe vamos oppor, baseada nas proprias palavras do preceito constitucional.

(5) FRANÇA E LEITE, obr. e lug. citados.

Na verdade, uma vez que o legislador constituinte restringio a latitude do principio em sua applicação aos filhos de mãe brasileira (sómente o illegítimos), e omittio quaesquer limitações quando se referio aos filhos de pai brasileiro; a consequencia que naturalmente decorre—é que a doutrina não soffre restricção quanto a estes: pois ao interprete não é dado distinguir onde a lei não distingue.

Assim, o preceito legal, em nosso conceito, exclúe tão sómente os filhos naturaes não legitimados ou não reconhecidos. E a razão é que estes não são, em face da lei, considerados como—filhos de pai brasileiro; não podem ser, como taes qualificados: visto não terem paternidade conhecida ou reconhecida por direito.

Entende o commentador que—sómente os filhos nascidos de justas nupcias têm *paternidade moral*, e que, consequentemente, só a elles deve se referir a disposição do texto constitucional.

Se pela expressão —*paternidade moral* quer o autor significar e paternidade que se coaduna com os principios da moral, diremos que a sua doutrina não deve prevalecer, porquê tracta-se apenas de saber se existe paternidade em frente do direito. E isso é incontestavel nos casos de legitimação e reconhecimento legal; pois então ha—*paternidade iuridica*.

Se, porém, o honrado commentador usa daquelles termos simplesmente em opposição ao facto natural da paternidade, neste caso, a sua proposição pecca pela base; pois não é verdade que nas hypotheses figuradas não exista presumpção, prova moral, e até juridica de paternidade.

Desde que a lei se expressa genericamente—«*filhos de pai brasileiro*» e, ainda mais, desde que a estas palavras juxta-põe os termos—«*illegítimos de mãe brazi-*

leira», revela pela restricção posterior a intenção de ampliar na primeira parte; mostra conferir a *todos os filhos* de pai brasileiro, como taes considerados por direito, a possibilidade de adquirem pelo domicilio as prerogativas de cidadão.

Não se restringe um direito por argumento de inducção, senão—por expressa disposição de lei. Ora, em que preceito legal baseam os sectarios daquella doutrina a eliminação que fazem de um tão importante direito? Como justificam elles a sua interpretação restrictiva, dadas estas circumstancias?

A primeira parte do n. 2 do art. 69 comprehende, além dos filhos legítimos, os legitimados e os legalmente reconhecidos; em summa,—todos aquelles que o direito reconhece como filhos.

«Mas, continúa o referido escriptor, podem dizer que ao pai não é vedado reconhecer seu filho, posto que elle tenha nascido em paiz estrangeiro. Nós porém, diremos que esse reconhecimento paterno não pôde ser admittido, porquê isso seria não só illudir a disposição da lei, como constituir um attributo que pertence ao soberano: o dar a grande naturalisação como direito particular. Os direitos de cidadão são de grave momento para que dependam da vontade individual: o que aconteceria si o pai, declarando que o individuo nascido em paiz estrangeiro era seu filho, pudesse conferir-lhe os direitos absolutos de cidadão brasileiro! Em tal caso quantos abusos se não podem dar! Abusos provenientes do erro, do engano ou de uma desregrada e condemnavel affeição! Que remedio haveria a isso? Portanto, nós cremos que o filho illegitimo de brasileiro, nascido em paiz estrangeiro, ainda mesmo com reconhecimento paterno, não pôde ser, nem assim, considerado cidadão brasileiro».

E' extranhavel que a arguição levantada contra os efeitos da legitimação seja baseada na possibilidade de se illudir a disposição legal, quando é justamente o espirito da lei o objecto da investigação. Este argumento envolve uma petição de principio.

E depois, a argumentação acima exposta excluiria, pelos mesmos fundamentos, os efeitos de direito publico decorrentes da legitimação por subsequente matrimonio. Tambem por esse meio fica dependente de um acto de direito privado a outhorga do direito de cidade aos filhos. Entretanto, chegaria o autor ao extremo de contestar que possa adquerir a nacionalidade brasileira pelo domicilio no Brazil o filho de pai brasileiro nascido em paiz estrangeiro e legitimado pelo subsequente matrimonio dos seus pais?

Deveria fazel-o, para ser logico; pois este, como qualquer outro reconhecimento legal, importa quanto á nacionalidade dos filhos, pela argumentação deduzida, — a usurpação de um attributo que sómente compete ao soberano, a saber — a outhorga da qualidade de cidadão.

Encaremos, porém, de face o argumento.

Em todos os codigos, como em todas as constituições politicas, existem relações de direito a cerca dos quaes muito de industria consente o legislador que vontades particulares venham supprir a deficiencia da lei, determinando os principios reguladores. Tal é o dominio das leis *suppletivas*, como ensina o eminente SAVIGNY (6).

Declarando, pois, a Constituição quaes os requisitos necessarios para, independentemente de um acto especial do poder soberano, adquerir-se a qualidade de cidadão brasileiro, revestio implicitamente da sua sancção

(6) SAVIGNY, *Traité de Dr. Rom.* (vers. de Guenoux), Liv. II, Cap. I, § 16.

soberana a série de actos que fossem praticados na conformidade das suas disposições.

Além disso, a prevalecer o argumento que combatemos, não será logico concluir-se, por paridade de razão, que do mesmo modo se poderia ver usurpação de poder soberano no facto de *vir domiciliar-se* no Brazil um filho, mesmo legitimo, de pai brasileiro, ou illegitimo de mai brasileira, nascido em paiz estrangeiro?!

Este estabelecimento no Brazil é acto de um particular, e entretanto—dá-lhe o direito de cidadão, dá-lhe a nacionalidade brasileira.

Que ha de anomalo neste facto?

E nos casos de naturalisação por effeito da lei, ou em consequencia de residencia no Brazil ao tempo da proclamação da Republica, ou pelo facto de casamento com brasileira e ser proprietario de bens de raiz (7): não ha, em todas essas conjunturas, um ou mais actos, sempre de direito privado, originando a acquisição da nacionalidade?

Examinemos outro aspecto da questão:

Sem duvida, enganos, affeições e outras causas podem por vezes motivar o reconhecimento de um supposto filho. Se, porém, fosse natural esta conjectura, ou se, mesmo excepcional e anomala, fosse de tanto momento que devesse produzir a condemnação daquellas instituições juridicas, mal avisadamente procederia o legislador conservando-as na ordem civil.

Isto, porém, não acontece.

Com effeito, qual o grande perigo que, para a existencia e prosperidade sociaes, adviriam do engano

(7) Vejam-se os casos dos ns. 4 e 5 do art. 69 da Constituição.

ou do dolo imaginados? Teria a nossa patria mais um filho, a sociedade mais um cidadão: eis o grave inconveniente, eis a grande calamidade que ameaçaria a nação e viria solapar os alicerces da ordem publica!

Agora, invertam-se os termos da questão.

Não será duro que um pai brasileiro, tendo legitimado ou reconhecido o seu filho, não possa, na hypothese do art. 69 n. 2, communicar-lhe a sua nacionalidade?

E demais, quanto aos casos de *legitimação*, como sustentar-se aquella doutrina, quando é ponto incontroverso no conceito dos civilistas e dos canonistas— que o casamento posterior dos pais destróe *in radice* o defeito de estado dos filhos illegitimos, e para todos os effeitos de direito os equipara aos nascidos de justas nupcias? (8)

A theoria que combattemos, restringe, como se vê, arbitrariamente o direito de cidadão. E', por isso, incompativel com os interesses politicos e economicos da nossa sociedade e do nosso paiz, tão vasto em territorio, tão rico em germens de prosperidade, porém de tão escassa população.

Outra duvida pode ainda ser suscitada a proposito da primeira parte do n. 2 deste mesmo art. 69 da Constituição da Republica.

Embora concordem que nas expressões—*filhos de pai brasileiro* devam comprehender-se os *legitimos*, os *legitimados* e os *legalmente reconhecidos*, todavia nesta ultima cathegoria alguns juriconsultos incluem tão sómente os filhos *reconhecidos para o effeito da successão* (9).

(8) Lei n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 56, § 1.º

(9) Segue essa doutrina, entre outros, RODRIGUES DE SOUZA, *Analyse e Comment. da Const. Pol. do Imp.*, vol. I, pag. 46.

Em face dos ponderosos argumentos apresentados pelo emerito PERDIGÃO MALHEIROS (10) e das razões que ao parecer de TEIXEIRA DE FREITAS oppõe LAFAYETTE (11), sempre fomos de opinião que a lei de 2 de Setembro de 1847 referia-se unicamente ao reconhecimento—para o fim de herdar. Dest’arte as acções para obtenção de alimentos e de estado persistiam, e persistiam sem alteração em nosso direito patrio, no dominio dessa lei; podendo, assim, ser juridicamente reconhecidos, para taes fins, todos os filhos naturaes, mesmo os esurios (12).

A nossa legislação vigente nada innovou sobre este ponto especial do direito patrio (13).

Continúa, portanto, no mesmo estado em que se achava antes da refórma que constituiu o casamento civil, aquella importante questão com tanto ardor debatida na jurisprudencia patria.

Voltemos, porém, ao assumpto de que tractavamos.

Os meios de reconhecimento mencionados já na lei de 2 de Setembro de 1847, já, com ampliação, na de 24 de Janeiro de 1890 só davam direito successorio aos filhos naturaes quando affastada a concurrencia de filhos legitimos. Imaginemos, porém, na hypothese de ambos esses systemas, a existencia de

(10) PERDIGÃO MALHEIROS, *Comment. á Lei n. 463 de 2 de Setembro de 1847.*

(11) LAFAYETTE, *Direito de Família*, Nota VIII.

(12) Ord. Liv. IV, Tit. 99, § 1.º; Ass. de 9 de Abril de 1772, § 1.º; Ord. Liv. I, Tit. 88, § 11.

(13) Não obsta á doutrina que expomos nem o Decr. n. 181 de 1890, nem qualquer outra posterior disposição de lei. O art. 7.º § 1.º do citado Decreto apenas menciona, em seu alinea 2.º, os modos de se provar a filiação natural, sem que disponha qualquer cousa a respeito dos effeitos juridicos do reconhecimento do filho. E mesmo esse modo de prova parece circumscripto no texto legal ao effeito de se estabelecerem os impedimentos para o casamento. Não se conceberia, aliás, que tractando-se, na primeira parte do texto, de um caso restricto, de uma hypothese especial, venha o legislador, no segundo periodo do mesmo texto, consignar incidentalmente uma disposição de ordem geral, que importaria uma grave refórma no direito civil patrio.

filhos legítimos com direito á herança paterna: os filhos naturaes reconhecidos pelos modos determinados no art. 3.º da Lei de 1847 ou no art. 7.º, § 1.º da de 1890 (14), e que, portanto, não teem direitos successorios—poderão adquirir, prehenchidas as condições do art. 69 n. 2 da Constituição,—a nacionalidade brasileira? Estarão elles comprehendidos na generalidade das expressões do texto constitucional—«*filhos de pai brasileiro*»?

Consultando o elemento historico da jurisprudencia patria, na verdade encontramos alguns fragmentos que revelam, segundo o direito antigo, a não communicabilidade de nacionalidade paterna ao filho espurio.

Assim, as Ordenações Philippinas, estabelecendo no Liv. II, Tit. 54 princ. e §§ 1.º, 2.º e 3.º, as condições reguladoras da naturalidade e, como principio capital, a origem; todavia declaram, no § 4.º que: «tudo que nesta lei se contém se entenderá nos filhos legítimos, ou naturaes, porque quanto aos espurios (cujos pais conforme o direito não se consideram), hão de concorrer em suas mãis as mesmas qualida-

(14) O mencionado art. 3.º da L. n. 463 de 1847 assim dispõe: «A prova de filiação natural, *nos outros casos*, só se poderá fazer por um dos seguintes meios: escriptura publica, ou testamento.»

As expressões «*nos outros casos*», excluindo apenas o caso de reconhecimento para o fim de herdar em concorrência com os filhos legítimos, mostra de modo evidente que não foram eliminados os *outros casos* de reconhecimento; exigio, apenas, o legislador que taes actos fossem realizados—por escriptura publica ou testamento.

Pois bem, a legislação vigente não tem alterado esse direito, senão sob o ponto de vista formal, ampliando os modos de reconhecimento por declaração do pai:

- a) em escriptura publica, ou
- b) em confissão espontanea, ou
- c) no registro civil, ou
- d) em qualquer documento authenticico por elle offerecido, ou
- e) em testamento.

Além da legislação citada, vejam-se LYDIO MARIANO, *Comment. a Lei do Casam. Civ.*, pag. 14, not. 2, ao art. 7.º, n. 2 da Lei n. 181 de 1890; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil Brasileiro recompilado*, art. 129.

des, que por esta lei se requerem nos pais legitimos ou naturaes.»

Desta Ordenação resulta que não se transmittia ao filho espurio a nacionalidade paterna.

Era essa a doutrina corrente naquelles tempos, pois ella se acha reproduzida no commentario de PEGAS e n'outros reinicolos.

«*Quæ dicta sunt*, escreve aquelle pratico (15), referindo-se ao texto da Ord., *intelligenda sunt in filiis legitimis, aut naturalibus, non verò in spuriiis, ut patet ex nostro textu; quia filius spurius sequitur matris qualitatem.*»

«*Spurius filius*, diz PORTUGAL (16), *et vulgò quaesitus, qui non habet patrem certum, tunc dicitur naturalis Regni, quando ex matre naturali in eo natus est. . .*»

E' bem possivel que esses autores não cogitem, em seus enunciados, da hypothese do reconhecimento paterno; como, porém, em geral peccam elles por muito casuisticos, não se lhes faz injustiça, acreditando que o seu silencio neste ponto não é devido a omissão, mas ao fito de generalisar a doutrina que expendem.

Baseados nesses e n'outros textos e por entenderem que a nossa legislação civil, tendo sido excessivamente rigorosa para com os filhos espurios não podia admittir que do reconhecimento para alimentos ou para o estado decorresse qualquer outro effeito juridico: alguns jurisconsultos concluem que daquella especie de reconhecimento, transplantada do Direito Romano com o unico fim da attender aos reclamos da equidade natural,—não póde absolutamente resultar para o filho o direito de nacionalidade.

(15) PEGAS, *Ad Ord.*, Liv. II, Tit. 55, § 4.º, n. I.

(16) PORTUGAL, *De Donat. Reg.*, Liv. II, Cap. 15, n. 17.

Apezar dessas considerações, persistimos em vêr nas palavras do art. 69 n. 2 a inclusão dos filhos espúrios reconhecidos legalmente; e com razão maior dos outros filhos simplesmente naturaes.

Argumentando mesmo em face do direito antigo, talvez fosse possível demonstrar-se, pela confrontação dos textos, que o legislador não se referio senão aos filhos espúrios—não reconhecidos. Essa intelligencia parece preferivel em frente da Ord. Liv. II, Tit. 55, § 4.º e textos citados por PEGAS e PORTUGAL; pois que allegam, para fundamento da sua doutrina, a incerteza da paternidade: hypothese incompativel com o reconhecimento.

Em todo o caso, estas decisões tem para nós importancia secundaria; por isso que a Constituição da Republica, proclamados os mais adiantados principios da democracia e do liberalismo, não póde ter ido inspirar-se n'um codigo que consagrava o regimen do absolutismo, elaborado em épocas remotissimas, compilado em principios do seculo XVII, quando predominavam idéas estreitas e acanhadas, já na politica interna, já nas relações do direito internacional privado; e sendo tão diversas, quasi oppostas, as condições economicas e politicas de uma e outra sociedades.

E' um argumento que prova demais o que se basêa no effeito exclusivo do reconhecimento para obtenção de alimentos ou de estado.

Uma nova relação juridica produz todas as consequencias que o direito faz nascer da mudança de posição; senão, poderíamos, revertendo o argumento, tambem concluir que do reconhecimento para o fim de successão não decorre direito politico para o filho, mas tão sómente o de herdar o espolio paterno.

Usando a lei do termo amplo, generico,—*filhos*, não é licito ao interprete restringil-o; muito menos quando tal restricção importa a suppressão de um direito fundamental.

Em conclusão:

Convencidos de que essa doutrina mais se conforma com os sãos principios da hermeneutica juridica, mais se harmonisa com o espirito liberal e democratico das nossas instituições politicas e attende melhor aos interesses economicos do Brazil, preferimos comprehender nas expressões do art. 69 n. 2 da Constituição da Republica—*todos* os filhos de pai brasileiro, que o nosso direito como taes qualifica.

II

A segunda questão de que nos propomos a tractar é—se perde a nacionalidade brasileira, nos termos do art. 69 n. 2 da Constituição, o filho illegitimo de mãe brasileira, reconhecido ou legitimado por pai estrangeiro.

Não deixa este ponto de offerecer alguma difficuldade.

Refere-se o texto constitucional aos—«*filhos illegitimos* de mãe brasileira.» A razão é muito comprehensivel: os filhos legitimos seguem a nacionalidade paterna, e é esta, exactamente, a disposição da primeira parte do texto. Quanto aos illegitimos, como se lhes não conhecem o pai, ou na linguagem da Ordenação, «como estes filhos não se consideram por direito», justo é que a taes filhos seja outorgada a nacionalidade da sua mãe, uma vez que venham estabelecer domicilio na patria della.

Mas...se esses filhos forem legitimados ou reconhecidos?

Já então por direito;

a) deixarão elles de ser «*filhos illegitimos*» de mãe brasileira: e assim faltará para o caso a disposição litteral da lei;

b) quando mesmo se os queira como taes considerar, todavia *jà* não será desconhecida a sua filiação: cessando assim o fundamento juridico do preceito constitucional.

Parece que, em ambos os casos, deve ao filho, legitimado ou reconhecido, communicar-se a nacionalidade *paterna*.

Ora, imagine-se que esse pai—é estrangeiro.

Ecco il problema!

Crescem ainda as difficuldades attendendo-se ás seguintes considerações:

O legislador constituinte ao empregar as expressões—«filhos» e «filhos illegitimos» sem dar qualquer definição ou simples noção de *filiação* ou *legitimidade* (nem fôra curial que o fizesse) certo acceitou a referencia ao direito civil. Pois bem, por direito civil,—são *filhos*, em relação ao pai, tanto os legitimados como os legitimados e ainda os legalmente reconhecidos; e dizem-se *legitimos*, os nascidos de justas nupcias; *legitimados*, aquelles cujos pais se casaram e os mencionaram como filhos na escriptura do casamento; e *reconhecidos*, os filhos naturaes cujos pais declarem a filiação por algum dos modos mencionados no art. 7 § 1.º da Lei n. 181 de 1890.

Ora, se assim é, se a technologia constitucional não se affastou, nem se podia affastar destas noções, resulta como corollario que, no caso da segunda parte

do art. 69 n. 2, os filhos illegítimos de mãe brasileira, uma vez legitimados ou reconhecidos pelo pai, e na hypothese, por pai estrangeiro: a) não se podem considerar—*filhos illegítimos* de mãe brasileira, porque já são legitimados ou reconhecidos; além disso;

b) são juridicamente—*filhos* de pai estrangeiro e em relação ao *filho*, que por direito assim se póde qualificar, é sempre a nacionalidade paterna que prevalece, quando nascido em paiz estrangeiro.

Querem alguns juriconsultos distinguir, para a hypothese, os filhos *legitimados* dos *reconhecidos*. Aos primeiros opinam elles, communica-se a nacionalidade paterna; aos segundos, não.

E fundamentam assim esta differença:

A legitimação equipara em absoluto o filho legitimado ao legítimo, sana *in radice* o defeito do estado civil; portanto, na hypothese do direito constitucional, deve-se imaginar que se tracta de um filho legítimo havido de matrimonio entre brasileira e estrangeiro. E assim, nascido fóra do Brazil, o filho deste casal é estrangeiro; e o é, ainda mesmo no caso de vir domiciliar-se no Brazil. O mesmo, porém, não acontece, em relação ao filho illegítimo não legitimado, mas simplesmente *reconhecido* em forma legal. Estes, segundo o direito civil, não são equiparados aos filhos legítimos, tanto que não podem com elles concorrer á herança paterna. São filhos—sómente para *certos fins de direito*, a saber: para o estado, para alimentos ou, mesmo em alguns casos, para a successão. São reconhecidos, mas não equiparados aos filhos legítimos. Em taes condições, pensam alguns juriconsultos que o reconhecimento não lhes outorga senão alguns direitos de ordem privada, e não a nacionalidade paterna. Estes, portanto, estarão no caso, vindo estabelecer domicilio no Brazil, de seguir a nacionalidade materna.

Absolutamente não participamos deste modo de pensar, nem nos vemos na contingencia de demonstrar a superficialidade dos seus fundamentos, uma vez que a nossa razão de decidir adopta, como se verá, bem diverso ponto de partida.

Comecemos por enunciar desde já a doutrina que nos parece, sobre o ponto, a mais acertada.

Estamos na convicção de que—em regra, não perde a nacionalidade brasileira o filho de mãe brasileira nascido fóra do Brazil e que venha aqui domiciliar-se, ainda mesmo legitimado por pai estrangeiro.

Dizemos—«em regra», porque entendemos necessaria uma distincção.

Ou a legitimação de que se trata realisou-se antes ou realisou-se depois de estabelecido o domicilio no Brazil.

No primeiro caso, o filho legitimado, ainda que venha posteriormente domiciliar-se no Brazil—não adquire a nacionalidade brasileira.

Não se póde, em rigor, dizer que elle *a perde*; pois que jámais a adquirio. Essa acquisição era dependente de uma condição, que se não preencheo: o domicilio no Brazil. O seu direito á nacionalidade estava apenas em estado potencial; não era um facto. Ora, quando, posteriormente, esse cidadão vem domiciliar-se no Brazil,—já então carece da outra condição: a filiação illegitima de mãe brasileira.

Na segunda hypothese acima figurada, a saber—quando a legitimação ou o reconhecimento por pai estrangeiro seja feito depois de domiciliado o filho no Brazil: então, pensamos nós, *não perde* este a nacionalidade materna.

E a razão juridica é esta:

Já era elle um cidadão brasileiro. Maior ou menor, pouco importa, estava já na posse do direito de cidadão. Era um nacional, era um brasileiro: e, pela Constituição, sómente *nos unicos casos nella mencionados*, póde o cidadão perder a nacionalidade.

E' terminante a este respeito o texto constitucional:

«Art. 71 Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem ou SE PERDEM NOS CASOS aqui particularisados.

.

§ 2.º Perdem-se:

a) por naturalisação em paiz estrangeiro;

b) por acceitação de emprego ou pensão de governo estrangeiro, sem licença do Poder Executivo Federal».

Não se achando enumerado entre estes casos o de que se tracta na segunda these da nossa epigraphe, seria arbitrario accrescental-o á enumeração *taxativa* da Constituição; e mormente por argumento inductivo, uma vez que se tracta de uma importante restricção de direitos.

III

Os que adquirem a nacionalidade brasileira, em qualquer dos casos do art. 69 n. 2.º da Constituição da Republica,—são brasileiros *natos* ou *naturalisados*?

Esta hypothese é diversa da do n. 3.º do mesmo art. constitucional, referente aos «filhos de pai brasileiro, que estiver n'outro paiz ao serviço da Republica, *embora nella não venham domiciliar-se*».

Neste segundo caso, não vemos fundamento para séria hesitação. A nacionalidade é devida á origem,

ao nascimento. E, além disto, accresce a circumstancia capital de que o cidadão em taes emergencias nunca deixou de ser brasileiro.

Em relação a elle, o direito á nacionalidade não é condicional; é absoluto. Não depende de nenhum requisito ulterior; ao contrario, é immediato.

E assim, nunca tendo sido estrangeiro, nos termos da Constituição da Republica, esse cidadão não poderá ser um brasileiro *naturalizado*. Quem já é brasileiro não se póde naturalisar brasileiro.

Na outra hypothese, porém, a saber, na do art. 69 n. 2, accodem ao espirito serias razões de duvidas.

Ao cidadão de que se tracta, de qualquer sexo ou idade que seja, não é reconhecida a nacionalidade brasileira senão *sub conditione*, sob a condição de vir estabelecer domicilio no Brazil.

E assim estatuindo, quiz talvez o nosso legislador constituinte evitar possiveis conflictos com a legislação de outros povos, segundo as quaes são seus nacionaes os nascidos, embora de pai estrangeiro, no seu territorio.

Não foi prudente sómente, foi tambem logica a nossa Constituição em não preceituar, neste ponto, de modo absoluto, uma vez que no n. 1 do mesmo art. 69 declarou cidadãos brasileiros os nascidos no Brazil, *ainda que de pai estrangeiro*, não residindo a serviço de sua nação.

Assim o n. 2 do mesmo artigo, que estamos agora estudando, contém doutrina complementar da do n. 1 e perfeitamente harmonica com ella.

Mas, como diziamos, no caso deste n. 2, ao inverso do do n. 1, a nacionalidade brasileira—não é

um direito *originario*, mas um direito *hypothetico*. A lei lhe preestabelece as condições de existencia, mas a aquisição delle depende de um facto,—do domicilio no Brazil.

Sómente, de então em diante, o filho de pai brasileiro ou illegitimo de mãe brasileira *se torna* brasileiro. Logo, antes de preenchida esta condição—é elle estrangeiro. Se estrangeiro primitivamente, adquirio depois a nacionalidade brasileira, parece ser um cidadão naturalizado; ou, em todo o caso, segundo parece,—não é um brasileiro *nato*. Não nasceu brasileiro, fez-se tal em consequencia de ter vindo domiciliar-se no Brazil.

Nem se nos opponha contra tal corollario que o cidadão que se acha nesta conjuntura não necessita, para adquirir a nacionalidade brasileira, de carta de naturalisação; que elle a adquire por acto pessoal proprio, de seu exclusivo arbitrio; que elle obtem a nacionalidade por força de um preceito constitucional, e não por outorga do poder executivo; e que, portanto: não é um cidadão naturalizado.

Responde-se: tambem nas hypotheses n. 4.º e 5.º deste mesmo art. 69 de Constituição, os estrangeiros que adquirem a nacionalidade brasileira—não dependem para esse fim da concessão de cartas de naturalisação. Fazem-se brasileiros—por acto proprio e em virtude de disposição constitucional: entretanto,—não é licito contestar-se que elles sejam brasileiros *naturalizados*.

Como se vê, a questão é susceptivel de provocar as mais sérias vacillações em qualquer espirito que sinceramente deseje convencer-se da verdade.

Sem embargo das ponderações que acabamos de desenvolver e que não espuzemos senão com character de objecções que antecipadamente formulavamos á da

doutrina que nos parece mais consentanea com o direito, inclinamo-nos á doutrina que dá a condição de brasileiro *nato* ao cidadão que se ache nos casos do art. 69 n. 2.

Vamos em poucas palavras fundamentar esta solução da Constituição.

Evidentemente, as expressões — brasileiro *nato* são allusivas da aquisição da nacionalidade pelo *nascimento*, em opposição á aquisição della mediante *naturalisação*.

Esta distincção não vem expressa no texto constitucional; porquê uma constituição não é obra didactica, mas instituição legislativa. Entretanto, ella implicitamente se contem nos varios ns. do cit. art. 69, e a expressão litteral *brazileiro nato* apparece no art. 41 § 3.º n. 1.

A condição da nacionalidade pelo facto do *nascimento* póde se referir tanto ao *lugar* do nascimento, como á *filiação*. Quando ambos estes factos se acham reunidos, a saber quando um individuo nasce n'um paiz e é filho de nacional do mesmo paiz, nenhuma duvida póde occorrer sobre a sua nacionalidade. Quando, porém, não concorrem juntas ambas essas condições: então tem sido divergentes as legislações positivas. Algumas dão a nacionalidade ao filho, mesmo nascido em paiz estrangeiro, e sem dependencia de subseqüente domicilio na patria. Outros, dão a nacionalidade a todos os nascidos no territorio nacional, ainda que de paes estrangeiros.]

A nossa Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, reproduzindo nesta parte a de 25 de Março de 1824, reconheceu em toda a sua plenitude este ultimo principio; e quanto ao outro, acceitou-o — em termos. Procurou organizar um systema que conciliasse com os preceitos de direito internacional, as conveniencias pe-

culiares do Brazil, o principio da equidade e, ao mesmo tempo, a efficacia da soberania nacional na applicação das disposições do nosso direito publico interno.

No desenvolvimento dessa idéa, outhorgou o legislador constituinte ao nascido nas condições do art. 69 n. 2 a nacionalidade brasileira. Outhorgou-a exclusivamente *ex-vi* do nascimento, mas em estado potencial. N'outros termos, ao filho de brasileiro ou illegitimo de mãe brasileira, foi reconhecida, *em principio*, a nacionalidade paterna ou materna; a *effectividade*, sómente, desse direito — é que ficou dependente de uma condição. A Constituição reconhece a capacidade *de direito*, e faz reserva exclusivamente sobre a de *exercício* desse mesmo direito.

E assim, quando, na hypothese, dá-se o preenchimento da condição de domicilio, ha um effeito retroactivo que alcança, para os fins da nacionalidade, a época do nascimento. Dest'arte, entende-se que o cidadão — era brasileiro, desde a data do seu nascimento. Elle não era, aos olhos do legislador brasileiro, um estrangeiro: era um nacional que precisava, para a investidura a que *pelo nascimento* tinha direito, *da qualidade* de cidadão, de realisar a condição do domicilio.

Preenchida esta exigencia legal, tornou-se elle brasileiro . . . *ab ovo*.

Abririamos uma excepção á doutrina que acabamos de expôr, para o caso em que o cidadão de que se tracta tenha exercido por qualquer modo os direitos inherentes á nacionalidade do paiz de seu nascimento.

Neste caso, teria elle, por um facto proprio, declinado da acceitação da nacionalidade brasileira. Ter-se-ia feito, por acto expresso ou consentimento tacito, cidadão ou

subdito estrangeiro. E tal facto destróe a presumpção *juris* sobre a qual se basêa a nossa doutrina.

Fóra deste caso, o cidadão que adquirio a nacionalidade nos termos do art. 69 n. 2 da Constituição, tanto como o que é favorecido pelo n. 3 do mesmo artigo, — não é um brasileiro naturalisado; é um *brazileiro nato*.

Agora, qual o interesse pratico desta distincção?

Oh! o mais elevado possivel. . . pelo menos enquanto vigorar o art. 41 § 3.º da Constituição da Republica e não se extinguiem os preconceitos do nativismo indigena!

São Paulo, 30 de Março de 1905.

ALMEIDA NOGUEIRA.
