

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA NACIONALIDADE

Pelo DOUTOR JOSÉ DIAS MARQUES

CAPÍTULO I

A POSIÇÃO DA DOCTRINA

1 — Doutrina francesa

O conceito de nacionalidade é de formação recente. Tratando-se de uma realidade intimamente ligada com a própria organização política do Estado, pode dizer-se mesmo que o conceito só atinge a sua formulação doutrinária quando, depois de uma longa evolução histórica em que os agregados humanos da Europa vêm a tomar a configuração política que actualmente possuem os Estados modernos, os juristas começam a elaborar a construção jurídica dos diversos elementos do Estado.

Surgem-nos assim os autores franceses da primeira metade do século XIX que, profundamente embebidos nas fontes filosóficas da Revolução Francesa, entre as quais assume enorme relevo o «Contrato Social» de Rousseau, vão construir o conceito de nacionalidade em bases contratualistas.

É na verdade uma das facetas sem dúvida mais interessantes esta que se verifica nas construções de Direito Público dos doutrinários franceses e mesmo de outros autores da primeira parte do século passado: a persistência quase constante da ideia privatística de contrato.

A França foi ao mesmo tempo a pátria do individualismo e do Direito Público moderno. Ora um Direito Público assim elaborado

sob o signo do individualismo, que encontra a sua mais directa e natural expressão jurídica na regulamentação privada dos interesses, não podia deixar de ser profundamente influenciado pelos conceitos jurídico-privados, entre os quais o de contrato desempenha papel de máximo relevo.

Foi este um fenómeno precisamente semelhante, pela simetria, àquele que hoje se verifica em sentido contrário: o predomínio actual do interesse público com a consequente hipertrofia da importância doutrinal e prática das normas públicas, tem levado cada vez mais à construção dos institutos privados através da técnica e dos conceitos do Direito Público.

Quanto à tese contratualista de Rousseau, mesmo à data da sua elaboração não se pode dizer que ela tenha tido apenas a função de servir de fundamento filosófico à legitimidade do poder político individualista. Já então não seria impossível supor que ela viria a estender-se a outros campos e ela foi, na verdade, por muito tempo a ideia predilecta dos juristas e o princípio em que assentou a fundamentação de vários ramos do Direito.

Assim é que, em matéria fiscal é conhecida a velha definição de Proudhon de que o imposto é uma troca: nesta tese vive subjacente a ideia de contrato. E em Direito Penal, colocados os filósofos perante o problema da legitimidade da pena, mais uma vez seguem a mesma esteira doutrinal apresentando uma fundamentação contratualista para defender a legitimidade do direito estadual de punir.

Surgem-nos assim, na sequência desta orientação, aqueles juristas que concebem a nacionalidade com um vínculo contratual. E apresentam-nos a seguinte definição: a nacionalidade é um contrato entre o Estado e o cidadão por virtude do qual aquele é obrigado à protecção deste e este é obrigado a prestar serviço militar e pagar os impostos. Coloca-se de um lado o *jus protectionis* que é devido pelo Estado ao cidadão tanto quando este se encontra no seu território como, internacionalmente, quando este se encontra em território de um Estado estrangeiro, e de outro lado as prestações que o indivíduo tem o dever de realizar em relação ao Estado e que podem ir até ao *tributum sanguinis*, para defesa da integridade da Nação.

Apreciamos esta definição dada pela escola francesa.

Se uma das boas qualidades que deve ter toda a definição é o rigor e exactidão dos seus termos, não podemos negar esta virtude

à noção apresentada, o que é tanto mais para encarecer quanto é certo que muitas definições posteriores de nacionalidade primam pelo carácter vago das expressões empregadas. Na verdade, ela coloca-nos dentro do campo do jurídico referindo a nacionalidade a um conceito tècnicamente bem determinado e sobre o qual têm passado séculos de elaboração doutrinária — o contrato.

Resta-nos, porém, verificar se este conceito corresponde à natureza da nacionalidade. E aí, verificamos em breve que não.

Não nos preocupamos sequer com estabelecer uma rigorosa noção de contrato para depois o confrontarmos com a nacionalidade. Basta notar que desde o amplo conceito do art.º 643.º do Código Civil até aos modernos conceitos doutrinários mais restritos dos autores italianos e da classificação alemã dos actos jurídicos há sempre um elemento imprescindível: o livre concurso de vontades na formação do conteúdo do acto. Os efeitos jurídicos que do contrato emergem tem a sua razão de ser na vontade das partes olhada pelo prisma da lei, na autonomia da vontade que se manifesta através da liberdade de estipulação ou só de celebração.

Analisemos as fontes da nacionalidade para demonstrar que ela não pode caber no âmbito da ideia contratual.

Quanto à aquisição por nascimento fica rejeitada *in limine* a ideia de voluntariedade.

Outro tanto não sucede na aquisição por casamento e naturalização pois aí já existe o elemento vontade, que não basta, porém, para caracterizar um contrato. É certo que a naturalização é normalmente pedida pelo naturalizando mas a sua concessão nada tem de contratual pois é um acto unilateral e discricionário do Governo como se pode ver no nosso Código Civil.

Mas o caso que mais poderia induzir em erro é o da aquisição por casamento: aí poderia porventura afirmar-se a natureza contratual da nacionalidade assim adquirida. No entanto é fácil ver que não. É que a aquisição por casamento não faz parte do conteúdo da vontade de casar: esse acto voluntário é agora encarado pela lei apenas como facto determinante da atribuição da qualidade de nacional à mulher estrangeira. Não se abrange no conteúdo do casamento a vontade de ser portuguesa: esta qualidade adquire-se sem qualquer manifestação de vontade. A consideração que para aqui mais interessa é, portanto, esta: a mesma realidade material — o casamento —

é vista ora como acto gerador dos vínculos matrimoniais ora como facto que condiciona a atribuição da nacionalidade.

Não há que confundir os dois aspectos.

Outro erro da definição que vem sendo analisada é o que inclui no conteúdo da nacionalidade a obrigação de pagar impostos. Na verdade esta obrigação tem a sua fonte nos factos tributários e não na qualidade de nacional. É indubitável que muitos estrangeiros pagam impostos ao Estado e que há muitos nacionais que não têm obrigação de pagar qualquer imposto. O mesmo se diga da obrigação de defender o Estado que não respeita senão àquelas pessoas que se encontram nas condições previstas para o serviço militar. E os estrangeiros, em especial prisioneiros de guerra, podem ser constituídos na obrigação de realizar certos trabalhos de defesa em favor dum Estado de que manifestamente não são nacionais.

Em suma, pode dizer-se que a ideia contratualista, tendo perdido a sua vitalidade, se encontra hoje em franca decadência não só no campo do Direito Público como até mesmo no próprio Direito Privado, não podendo de modo algum servir de base à elaboração do conceito da nacionalidade.

2 — Doutrina inglesa

É já um velho lugar-comum afirmar que a Inglaterra é um país profundamente conservador dos seus costumes e instituições. E esta ideia também é verdadeira pelo que respeita à sua concepção de nacionalidade que tem, pode dizer-se, pelo menos meio milénio de atraso sobre as concepções actuais: é um conceito feudal.

A ideia de informa a nacionalidade é — para os ingleses — a de uma submissão pessoal, de uma vassalagem para com a pessoa do monarca. Não nos deteremos na apreciação desta doutrina: ela representa uma sobrevivência histórica dos velhos conceitos feudais de suserania e vassalagem que não interessa grandemente à nossa construção doutrinal e apenas pode encontrar apoio nas específicas peculiaridades do direito inglês. Mesmo aí, alguns autores, seguindo uma orientação mais intelectualista elaboram uma doutrina em que a nacionalidade é entendida com uma submissão não já à pessoa do Rei mas à Coroa, que os jurisconsultos ingleses concebem como uma função, como uma instituição que se perpetua no tempo.

Mas nós pensamos que a subordinação quer seja ao Rei quer ao Estado não é em caso algum um elemento característico dos nacionais visto que essa subordinação ao Rei, ao Estado ou, se se quiser aos governantes, *embora com conteúdos diferentes* existe para todos os que se encontram no território do Estado e só para esses. O território delimita o âmbito dessa subordinação. O estrangeiro que se encontra em Inglaterra ou em Portugal está tão subordinado ao Estado inglês ou português como qualquer outro nacional: e, se porventura ele é sujeito de relações diferentes, se tem certos poderes e deveres diversos dos nacionais isso não sucede porque não se encontra igualmente submetido ao poder do Estado mas simplesmente porque tendo uma qualidade diferente se lhe aplicam normas diferentes. Mas vivendo dentro de determinado agregado social, não poderia evidentemente deixar de estar sujeito às normas que, nesse agregado, disciplinam a conduta dos homens.

3 — Doutrina voluntarista

A doutrina de que a nacionalidade deve ser definida como uma submissão política voluntária do indivíduo ao Estado fica largamente prejudicada em face da crítica anteriormente feita à tese contratualista francesa. A grande massa, dos que adquirem a nacionalidade por nascimento, está inteiramente fora da noção apresentada.

O mesmo se diga da aquisição por casamento por virtude da aplicação a este caso da mesma ordem de considerações atrás feitas acerca deste assunto quando apreciámos a doutrina francesa.

A noção referida é, porém, aplicável à naturalização que, sendo acto do Estado, é normalmente condicionada pelo pedido do naturalizando, que manifesta assim a sua vontade de submeter-se à autoridade política do Estado considerado. Isto, porém, não significa que a noção apresentada, isto é, a noção segundo a qual a nacionalidade é uma submissão política voluntária do indivíduo ao Estado, deva considerar-se como boa.

Quando muito, poderia entender-se que o conceito assim formulado, quadra à ideia de naturalização. Mas o que nunca poderia era fazer-se caber nele toda a realidade conceitual que faz parte da nacionalidade.

Não pode, pois, em caso algum apresentar-se a voluntariedade

como um elemento inerente à própria natureza do conceito de nacionalidade, e deste fazendo parte integrante e permanente.

4 — Doutrina de Weiss

Este autor define a nacionalidade como um vínculo que une uma pessoa ou coisa a um Estado determinado.

Nesta noção se põe em foco o problema da nacionalidade das coisas acerca do qual se dividem os internacionalistas.

Weiss, como se vê da sua definição, admite a nacionalidade das coisas. Niboyet, ao contrário, entende que não deve falar-se a propósito das coisas do conceito de nacionalidade.

Esclareceremos mais adiante, ao fazer um esboço dos princípios gerais da nacionalidade, a nossa opinião sobre o assunto. Entretanto para que possa apreciar-se a noção dada por Weiss devemos fazer já a seguinte consideração: a admitir-se a nacionalidade das coisas devemos notar que debaixo da mesma palavra estão dois conceitos de natureza distinta: a nacionalidade das pessoas e a das coisas. E daí aquilo que eu penso ser o erro de Weiss: o facto de incluir em uma só noção dois conceitos diferentes que se exprimem pela mesma palavra: nacionalidade.

5 — Doutrina de Zeballos

Para alguns — afirma o jurista argentino Zeballos — a nacionalidade é um sentimento; para certos juristas, um contrato sinalagmático ou, ainda, a submissão voluntária dum homem a certo direito político.

Em face das variadas noções assim apresentadas pela doutrina, de que estas são apenas um exemplo, noções em que se confundem as ideias de Nação e Estado, nacionalidade e cidadania, vai o autor citado elaborar o seu conceito de nacionalidade afirmando que esta deve ser definida, não como uma ideia simples mas como uma instituição complexa, simultaneamente natural, social e política, que se manifesta sob formas diversas com um só fim superior a atingir: o aperfeiçoamento do indivíduo e da sociedade.

Os seus fundamentos encontram-se nas realidades antropológicas

e históricas, na comunidade de sangue, religião, língua e autoridade. É uma ideia que vive em íntima conexão com a da Nação, concebida como agrupamento social orgânico.

Através da longa evolução histórica dos elementos aglutinadores da colectividade, em que a preponderância passa sucessivamente do elemento antropológico para o político-religioso, o conceito de nacionalidade modifica-se abrangendo elementos novos, tomando configurações diversas, evoluindo, em suma.

Zeballos não refere a nacionalidade ao Estado, mas à Nação tal como a concebia Renan. Para este, a Nação é um resultado histórico provocado por uma série de factos que convergem no mesmo sentido, um princípio espiritual que resulta das complicações íntimas da História e não um grupo meramente determinado por factores geográficos. Duas coisas compõem este princípio espiritual: a comunidade de recordações históricas e o desejo actual duma vida em comum para manter a herança recebida. Uma Nação — diz Renan — é uma grande solidariedade constituída pelo sentimento dos sacrifícios feitos e dos que se está disposto a fazer.

Zeballos sustenta ainda que «a unidade imperial ou universal do Estado antigo ou do Estado moderno é contrária à ideia de nacionalidade. Os constitucionalistas ingleses afirmam não haver uma nacionalidade britânica: nada mais há, na verdade, que um agrupamento político constituído por diversas nacionalidades». Vê-se, porém, deste passo que deixamos transcrito que parece haver na obra de Zeballos uma confusão entre os dois conceitos, totalmente diferentes, de Nacionalidade como Nação e de nacionalidade como o vínculo ou atributo dos componentes de certo agregado social. Esta confusão apresenta-se, porém, ainda mais nítida e flagrante na enumeração das várias noções de nacionalidade. Aí, este autor, inexplicavelmente, coloca no mesmo pé de igualdade definições que ora se referem a uma ora a outra daquelas realidades. Assim é que depois da noção de Cogordan em que se fala de «vínculo que une um indivíduo ao Estado» passa para a noção de Mancini, que concebe a nacionalidade como «uma sociedade natural de homens que possuem o mesmo território, origem, costumes e língua, formada pela comunidade de vida e unidade social». E, depois de ter exposto várias definições acaba por concluir que «a nacionalidade é um vínculo natural».

E só isto.

Vê-se assim que este autor adopta uma noção que dá à nacionalidade, não um carácter jurídico, mas *natural* e social.

A doutrina de Zeballos acerca deste assunto é passível de várias críticas que a tornam inaceitável no campo do Direito. Assim é que ao definir a nacionalidade unicamente como um «vínculo natural», sem mais nada, estão logo patentes dois defeitos fundamentais :

1.º — Trata-se de uma definição metajurídica, alheia ao Direito, pois não define nacionalidade reportando-se a outros conceitos jurídicos bem caracterizados, que porventura constituíssem o género dentro do qual ela se enquadraria, distinguindo-se e identificando-se aí pelas suas especiais características, jurídicas também. É sempre necessário ter presente que a definição dum conceito jurídico, para ser perfeita, deve ser referida a outro conceito jurídico de maior extensão e menor compreensão que é o seu género próximo. É a técnica de todas as definições.

2.º — Poderia contudo acontecer que tal definição, embora inconveniente para a nossa ciência, pudesse ser útil, por exemplo, às ciências políticas, sociais ou históricas. Mas nem isso. É que, na verdade, a caracterização da nacionalidade apenas como «vínculo natural» é tão vaga e imprecisa que não chega a dar a ideia do termo a definir.

É ainda interessante notar, pelo que encerra de anticientífico, a maneira como este autor fala da nacionalidade para atacar as teses opostas à sua. É assim que referindo-se à doutrina contratualista francesa, afirma : «Ela (nacionalidade) não é um contrato pois esta concepção implicaria o rebaixamento duma instituição tão elevada para a alma humana. A nacionalidade é qualquer coisa de supremo e grande, inerente à natureza humana, é o atributo mais importante da liberdade civil, que nos conduz, através duma série de evoluções, a agruparmo-nos para realizar um ideal comum de justiça, liberdade, paz e trabalho».

Nesta passagem se vê mais uma vez a confusão entre a nacionalidade como atributo jurídico e a nacionalidade como Nação ou sociedade humana.

Ora, teremos ocasião de mostrar mais adiante que, dum ponto de vista de exclusiva técnica jurídica, a nacionalidade não só não é inerente à natureza humana como nem mesmo é essencial à existência do Estado : é *lógicamente possível conceber um Estado sem nacionais*.

6 — Doutrina de Machado Vilela

«No seu sentido técnico e rigoroso, em Direito Internacional Privado, a nacionalidade é o laço que une uma pessoa a um Estado determinado» — afirma Machado Vilela no seu *Tratado*.

Não parece difícil, quando pensamos no sentido das palavras transcritas, verificar que tal definição nem é técnica, nem rigorosa. Consiste afinal na formulação dum conceito que tem sido usado de maneira muito vaga e indefinida. As ideias de *laço* que *une* uma pessoa a um Estado são conceitos sem caracterização técnico-jurídica determinada. São, podemos dizê-lo, simples metáforas cómodas para exprimir a ideia de íntima ligação social e natural entre as pessoas e o agregado político a que pertencem. Mas nada mais. Veja-se de resto, como, por exemplo, as relações comerciais dum negociante inglês com um exportador de vinho do Porto constituem um *laço* (económico) que *une* aquele comerciante a Portugal sem que o referido súbdito britânico tenha, evidentemente, a qualidade de português. E contudo é esta uma das realidades que cabem inteiramente dentro da amplíssima noção dada por Machado Vilela...

É que, enquanto se não renunciar a definir a nacionalidade como um *elo*, um *laço*, ou um *vínculo*, estaremos sempre fora do rigor científico pois não se consegue mais do que definir um conceito referindo-o afinal a uma realidade indefinida, sem cabimento nem aceitação nos quadros conceituais da técnica do Direito.

7 — Doutrina de Niboyet

Na enumeração e crítica dos vários conceitos de nacionalidade adoptados pela doutrina não se tem pretendido fazer uma descrição exaustiva, que iria para além da meia centena de definições!

A intenção que preside a esta enumeração é apenas a de dar uma ideia das correntes fundamentais da doutrina; e para isso não podemos deixar de incluir aqui, para finalizar, uma noção hoje muito vulgarizada entre os autores e adoptada também por Niboyet, no seu *Tratado* ultimamente publicado. A nacionalidade é aí entendida como «um vínculo político entre um indivíduo e um Estado».

Não pretendemos, note-se bem, atribuir a paternidade de tal definição, hoje corrente e de certo modo semelhante a algumas já apre-

ciadas, ao notável autor francês. Se a ela ligamos o seu nome é porque ele é, talvez, o mais representativo dos internacionalistas que a têm adoptado.

Há, no entanto, na sua concepção um aspecto novo que merece ser analisado. É o de que a «nacionalidade é um vínculo político por virtude do qual o indivíduo faz parte dos elementos constitutivos do Estado».

Vejamos entretanto com mais detença a doutrina deste autor sobre alguns problemas gerais da teoria da nacionalidade pois isso é de toda a conveniência não só para uma melhor apreensão do seu pensamento no que respeita à natureza jurídica do conceito que estamos estudando mas ainda porque assim se torna mais fácil a compreensão das posições que serão tomadas sobre os mesmos assuntos ao expor na segunda parte desta introdução as soluções doutrinárias que consideramos mais aconselháveis.

Versando o problema da nacionalidade das pessoas colectivas diz-nos Niboyet que «o Mundo não se constrói com abstracções e os agrupamentos personalizados não conseguiriam graças a uma hipertrofia do direito receber uma verdadeira nacionalidade».

Em consequência desta afirmação vem a repudiar depois como linguagem viciosa aquela que emprega a expressão nacionalidade com referência a navios, aeronaves, mercadorias, e outras coisas.

Abordando em seguida a debatida questão da natureza jurídica da nacionalidade entende o citado autor que tal matéria é de Direito Interno e não de Direito Internacional Público, como pretendia Bartin. Posta assim de parte a tese de Bartin (que apenas terá viabilidade quando chegarmos ao remotíssimo futuro em que o Direito Internacional constitua uma ordem coactiva das relações interestaduais) torna-se necessário proceder a uma maior concretização determinando o ramo de Direito Interno dentro do qual a matéria da nacionalidade se enquadra. E aqui as opiniões dividem-se entre o Direito Público e o Direito Privado.

Vejamos os argumentos apresentados em favor da natureza privativa da nacionalidade e a crítica que lhes faz Niboyet :

1.º — A matéria respeitante a este assunto vem regulamentada no Código Civil — dizem alguns.

É fácil, porém, responder a este argumento pois há muitos países em que estas leis vêm insertas nas Constituições (Estados Sul-Ame-

ricanos) ou em leis especiais (Alemanha, Bélgica, etc.). De resto não pode ser elemento determinador da natureza jurídica duma norma o diploma em que ela vem expressa. E nem será difícil encontrar no Código Civil certos preceitos que são indiscutivelmente de Direito Público.

2.º — Argumenta-se que da nacionalidade resultam numerosos efeitos jurídico-privados. Ora isto embora seja exacto, não é decisivo pois da nacionalidade promanam igualmente variados efeitos de direito público (deveres do cidadão, direitos políticos, serviço militar, etc.) e pode mesmo dizer-se que a intensidade dos segundos é maior que a dos primeiros.

Estas razões levam Niboyet a concluir que a matéria da nacionalidade pertence ao Direito Público e, dentro deste, ao Direito Constitucional, pois a nacionalidade é um dos elementos do processo constitutivo do próprio Estado. Estè, dizendo quem é seu nacional, determina a sua própria substância pois um Estado sem nacionais não teria afinal existência.

Tal é em traços gerais a doutrina de Niboyet. Apreciemo-la.

Toda a definição consiste na referência a uma ideia genérica dentro da qual se vai fazer a delimitação do conceito que se pretende definir mediante a consideração dos seus caracteres específicos. Daqui se vê imediatamente que a definição dum conceito jurídico para ser logicamente perfeita há-de referir-se a outro conceito jurídico mais amplo e menos compreensivo.

Uma boa parte da elaboração sistemática do Direito tem consistido em criar conceitos mais complexos à custa da análise e desdobraimento de conceitos mais simples já existentes, tarefa através da qual as ideias, numa clarificação sucessiva vão perdendo em extensão o que ganham em compreensão. Outras vezes, e porventura com mais frequência ainda, parte-se dos conceitos mais concretos para o seu agrupamento em categorias jurídicas mais abstractas. Mas o que deve haver sempre na elaboração sistemática do Direito é uma referenciação de conceitos jurídicos a outros conceitos jurídicos sem o que se corre facilmente o risco de trabalhar com ideias de conteúdo indefinido.

Eis o que aqui se tornava necessário: elaborar a noção de nacionalidade mediante a sua referenciação a um conceito, também jurídico, preexistente e já definido. Não é, porém, isto o que se veri-

fica em Niboyet que, ao entender a nacionalidade como um «vínculo político», está a definir um conceito jurídico por um conceito não jurídico. Ao dar tal noção coloca-se este autor fora do campo do Direito pois este pode tratar de vínculos jurídicos mas não trata de vínculos políticos senão como substância duma regulamentação jurídica. Os vínculos políticos podem ser e são regulados pelo Direito mas isso não significa que sejam *eles próprios* uma realidade jurídica. O Direito regula toda a actividade humana e, portanto, também a actividade política. O que não quer dizer que tal realidade seja ela própria, na sua substância, uma realidade jurídica. É tão-sòmente a matéria a que se sobrepõem as formas jurídicas.

Não duvidamos que, no campo da Ciência Política, se não possa definir a nacionalidade nos termos em que Niboyet o faz.

Não o contestamos e aí o conceito poderá ser útil senão indispensável. Mas o Direito possui conceitos próprios, amolda as noções das outras ciências aos seus fins, faz a seu respeito uma elaboração mental característica, cria, em suma, conceitos novos. E quando toma as ideias de outras ciências para as modificar adaptando-as aos seus fins não nega a exactidão lógica de tais conceitos mas apenas a sua utilidade em relação a si.

É o que sucede com a definição de Niboyet: útil, porventura, no domínio da ciência política, é inconveniente e inadapável à ciência do Direito atenta a sua natureza caracteristicamente extrajurídica. Não é este, porém, o único defeito a apontar-lhe: note-se que as palavras apresentadas por Niboyet têm um sentido de tal modo amplo que nele cabem irrecusavelmente conceitos que exorbitam em muito da nacionalidade.

É o que ficou dito já a propósito de Machado Vilela e que agora temos oportunidade de verificar mais pormenorizadamente. A fórmula com que Niboyet pretende definir a nacionalidade é de tal modo ampla que nela cabe a própria residência!

Senão, demonstremo-lo:

Sabemos perfeitamente como as leis de conteúdo político têm uma aplicação estritamente territorialista a elas se submetendo todos aqueles que vivem ou residem no território do Estado sejam eles nacionais ou estrangeiros. A submissão, a vinculação às imposições políticas do Estado existe para todos os que nele residem e não apenas para nacionais. Trata-se de leis territoriais e a residência, situação

do indivíduo sobre o território, é, assim e também, *um vínculo político que une o indivíduo a um Estado determinado*.

Mas se isto é verdade quanto à residência, ainda o é mais em relação ao domicílio de cujo forte conteúdo político não é lícito duvidar. O domicílio cabe na noção apresentada por Niboyet para definir a nacionalidade pois também ele é um vínculo político que une um indivíduo a um Estado. Como se vê a noção de nacionalidade de que temos estado a fazer uma análise crítica, sendo embora corrente entre os internacionalistas, é de tal modo ampla e imprecisa que nela cabem não só o domicílio como até a residência. Ponto de vista, este, que já tínhamos esboçado ao fazer a apreciação da doutrina de Machado Vilela.

Mas Niboyet não aceita apenas o conceito vulgar de nacionalidade, já apreciado. Elabora ele próprio uma outra formulação do mesmo conceito, considerando-a equivalente à anterior. Veremos, porém, que esta definição não só não é correcta como também não é sequer equivalente à anterior.

Nacionalidade é agora, segundo esta nova formulação, o vínculo por virtude do qual o indivíduo faz parte dos elementos constitutivos do Estado.

O erro desta definição parece-nos que reside em equiparar-se nacionais e elementos constitutivos do Estado quando, no fundo, se trata de realidades profundamente diferentes, ao menos no aspecto formal.

Quais os elementos constitutivos do Estado?

Quer entendamos que esses elementos são o território, o povo e o poder político, quer digamos com Duguit que o Estado é uma diferenciação entre governantes e governados em certo território, sempre nos encontramos perante esta realidade; todos os indivíduos que se encontram *no território* do Estado são «governados», estão sob o domínio e autoridade dos «governantes» ou, noutra terminologia, são «povo» sujeito à soberania do Estado. Pouco importa que sejam nacionais ou estrangeiros pois estes últimos, quando estão em território português estão sujeitos integralmente às leis e à soberania portuguesa. E não se argumente com a aplicabilidade aos estrangeiros de certas leis dos seus Estados porque tais leis, em virtude do mecanismo da recepção, são verdadeira e pròpriamente leis nacionais.

Eis como fica patente a inexactidão da definição que tem estado

a ser apreciada : equiparando *nacionais a elementos constitutivos do Estado* admite afinal este paradoxo : os estrangeiros... podem ser nacionais. Isto acontecerá sempre que os estrangeiros estejam submetidos à soberania dum Estado que não seja o seu, pois serão, sem dúvida, enquanto tal situação subsista, elementos constitutivos desse mesmo Estado.

Quanto a dois problemas importantes dentro desta matéria — nacionalidade das pessoas colectivas e natureza jurídica da nacionalidade — já vimos a posição tomada por Niboyet.

Não faremos agora a apreciação destas teses ; mas veremos mais tarde, ao expor a nossa própria concepção da nacionalidade, como resalta evidente a impossibilidade de afirmar que a nacionalidade seja de natureza jurídico-constitucional.

De igual modo se apreciará então a opinião que considera impossível a atribuição de nacionalidade às pessoas colectivas ; e, pondo bem a claro o conceito de nacionalidade, não só se esclarecerão melhor estes problemas como se poderão ver mais uma vez as desvantagens que, para o estudo do Direito, resultam da utilização de conceitos cujo sentido não esteja rigorosamente delimitado.

CAPÍTULO II

SOLUÇÕES ADOPTADAS

8 — Noções prévias

Depois de feita a exposição e apreciação das doutrinas respeitantes ao conceito e natureza jurídica da nacionalidade vamos apresentar as soluções que se nos afiguram preferíveis e que com aquela directamente se prendem.

A técnica legal de atribuição de poderes e deveres varia segundo as circunstâncias. Umhas vezes a lei cria grandes conjuntos de direitos e deveres que se aplicam em bloco a todas as pessoas que se encontram nas condições previstas ; trata-se de complexos de poderes cujo conteúdo é uniforme e não pode ser modificado ao sabor da vontade individual das pessoas a que se applica. Outras vezes, porém, a lei não elabora previamente tais grupos ou massas de poderes deixando antes que as pessoas se tornem sujeitos de relações jurídicas segundo as

circunstâncias individuais e concretas da sua actividade social voluntária. Há assim que distinguir entre situações jurídicas gerais e situações jurídicas individuais.

Para isso interessa-nos determinar o critério diferenciador duma e outra destas figuras.

O Prof. Marcelo Caetano distingue-as porque umas são elaboradas abstractamente pela lei e outras têm um conteúdo definido segundo as suas circunstâncias particulares.

Situação jurídica geral é a posição da pessoa titular dum poder ou dever que a lei atribua abstractamente a quantos se encontrem em ou de reunirem certos requisitos.

Situação jurídica individual é a posição da pessoa titular de um poder ou dever com conteúdo próprio, definido segundo as suas condições particulares.

Tais são os conceitos que o ilustre Professor apresenta no seu *Tratado Elementar de Direito Administrativo*.

Julgamos, porém, que não devem acolher-se sem crítica as noções indicadas. Tenhamos em conta a estrutura da norma jurídica: por um lado, previsão abstracta de certas condições de facto; por outro lado, uma estatuição de certos efeitos jurídicos correspondentes ao facto previsto. E isto é assim quer a lei atribua situações jurídicas gerais quer individuais. Não é apenas nas situações gerais que a lei atribui abstractamente poderes e deveres a quantos se encontram em dadas condições de facto. *Esta atribuição existe sempre que há uma norma jurídica*. Por outro lado, também não fica bem caracterizada a situação jurídica individual fazendo-a consistir na titularidade de um poder ou dever cujo conteúdo é definido segundo certas condições particulares. É que toda a regulamentação jurídica consiste numa sucessiva particularização dos factos legalmente previstos de modo a que os tipos legais por meio de contínuas concretizações se aproximem tanto quanto possível dos factos da vida real. Assim é que, por exemplo, o facto jurídico compra e venda comercial é uma concretização do tipo legal compra e venda, que é por sua vez uma individualização da figura contrato. Isto é o que se verifica em todos os campos do Direito.

Ora os poderes e deveres que derivam destes factos têm um conteúdo próprio, definido segundo certas condições particulares, sem que por isso se possam considerar sempre situações jurídicas indi-

viduais : veja-se a situação de funcionário civil do Estado que resulta de condições particulares em relação à situação mais geral de funcionário e que é no entanto indiscutivelmente uma situação geral. Por outro lado, a situação patrimonial de casado em regime supletivo de comunhão geral de bens é uma situação jurídica individual embora resulte abstractamente da lei para certas condições de facto (celebração dum casamento sem prévia convenção antenupcial) sem que haja nada que a diferencie de pessoa para pessoa.

Qual deve então ser o critério diferenciador das situações jurídicas em gerais e individuais ? Julgamos que o critério cuja aplicação nos pode trazer melhores resultados científicos é o da vontade. Haverá situações jurídicas gerais sempre que, pela verificação de certas condições de facto, haja a atribuição de poderes e deveres legais cujo conteúdo não pode ser determinado nem modificado pela vontade. Há situação jurídica individual quando há atribuição de poderes e deveres cujo conteúdo pode ser determinado e modificado pela vontade daqueles a que se aplica. Nada obsta nas situações jurídicas gerais a que a condição de facto de que depende a sua atribuição seja um acto de vontade : o que é essencial a estas situações é que a vontade, determinando embora a sua aplicação, não determine nunca o seu conteúdo, o qual se encontra imperativamente fixado na lei. E quanto às situações jurídicas individuais nada impede que elas consistam em massas de poderes indicados supletivamente na lei pois a delimitação legal do conteúdo desses poderes, dado o seu carácter supletivo, é, do ponto de vista jurídico, uma delimitação feita pela vontade individual.

A situação jurídica geral é assim, para nós, um conjunto de poderes e deveres de conteúdo imperativo.

Mas esta expressão *situação jurídica geral* pode ter um duplo sentido que corresponde aos dois aspectos porque podem encarar-se o Direito. Este pode ser visto pelo lado das *normas* ou pelo lado das *relações*. Estas são a concretização real daquelas. Daí que as situações jurídicas gerais possam ser entendidas ora no sentido objectivo como conjunto de poderes descritos pela lei, ora num sentido subjectivo como conjunto de poderes subjectivados em determinada pessoa. O mecanismo legal é, portanto, este : um conjunto de poderes descritos pela norma, a verificação das condições de facto que determinam a sua subjectivação e por fim a sua aplicação a certa pessoa criando

uma relação jurídica cujo objecto são os referidos poderes. Mas, até aqui, ainda não considerámos todos os elementos da técnica legal. É que esta atribuição de poderes não é feita directamente mas antes por intermédio duma outra figura: o estado pessoal.

Estado pessoal é a qualidade jurídica a cuja posse a lei atribui o efeito de investir a pessoa em determinado complexo de poderes e deveres. Esta é a noção que nos dá, entre outros, o Prof. Marcelo Caetano no seu *Tratado*, já atrás referido. E temos, deste modo, que o condicionalismo de facto previsto pela lei gera a atribuição duma qualidade, a qual desencadeia por sua vez a produção dos efeitos que constituem a situação jurídica geral. Onde exista tal qualidade existem os direitos que lhe correspondem: são realidades legalmente insusceptíveis de ser separadas mas cuja distinção convém acentuar.

9 — **Caracterização da nacionalidade como situação jurídica geral**

Depois das noções que deixamos explanadas não se torna difícil caracterizar a nacionalidade pois ela encerra todos os requisitos que fazem parte da definição de situação jurídica geral. Não há dúvidas sobre ser ela um conjunto de poderes e de deveres. E também é igualmente verdade que esses poderes se encontram determinados globalmente na lei sendo o seu conteúdo completamente imperativo, totalmente imodificável pela vontade dos sujeitos.

Pode, é certo, acontecer que o facto condicionador da atribuição da nacionalidade esteja no todo ou em parte na disposição da vontade das pessoas (casamento, naturalização) mas isto não obsta à qualificação da nacionalidade como situação jurídica geral pois a vontade apenas intervém na sua atribuição e não na determinação do seu conteúdo.

Fica deste modo determinado o género próximo a que pertence a nacionalidade e com ele temos já o primeiro elemento da definição a que se pretende chegar.

10 — **Duplo aspecto da nacionalidade**

Do enquadramento da nacionalidade no conceito mais amplo de situação geral resulta que também aqui há que atender a dois aspectos: o das normas e o das relações jurídicas.

A palavra nacionalidade pode, portanto, ser usada num duplo sentido: objectivamente, como conjunto de poderes descritos na lei; e subjectivamente, como conjunto de poderes que se encontram concretizados nas pessoas e que são objecto duma relação jurídica.

Há, portanto, que distinguir entre sentido objectivo e subjectivo da nacionalidade.

11 — Caracteres específicos da nacionalidade

Depois da fixação do género próximo vamos determinar a diferença específica, isto é, o elemento ou conjunto de elementos que, de entre as várias situações jurídicas gerais, especificam e caracterizam a nacionalidade.

A dois critérios principais poderíamos atender para caracterizar especificamente a nacionalidade.

Um deles seria individualizá-la mediante a indicação dos poderes que constituem o seu conteúdo e diríamos então que era a situação jurídica geral constituída por tais e tais poderes, enumerando-os.

Não é este, porém, o processo mais aconselhável pois ele consistia afinal no estudo do próprio conteúdo da nacionalidade e não possuiria a concisão e simplicidade que deve presidir às definições doutrinárias.

Além disso, seria impossível por este meio dar uma definição internacionalística de nacionalidade, a qual é absolutamente indispensável ao funcionamento das regras de conflitos de leis que a tomem por elemento de conexão.

De facto uma consideração que reputamos importante é esta a saber: torna-se essencial distinguir um conceito internacionalístico de nacionalidade para o fim de aplicação das normas de conflitos e o conceito nacionalista destinado a permitir a aplicação do direito. Ambos os conceitos são necessários. Mas tem finalidades diversas.

E se há pouco dizíamos que, atendendo ao conteúdo era impossível dar uma noção internacionalística de nacionalidade é porque a determinação exacta do seu conteúdo, tendo de ser feita à luz de certa Ordem Jurídica, a tornaria desde logo inaplicável às outras ordens jurídicas em que tal conteúdo só por coincidência seria o mesmo.

Parece que o meio mais aconselhável de especificar a nacionali-

dade é recorrer aos factos de que ela deriva. Estes são em pequeno número e em todos os Estados quase sempre os mesmos; e mesmo quando o não sejam têm uma característica comum, a qual permite dar uma noção concisa e simples.

Qual é a característica comum a todos esses factos? É serem considerados pelo legislador como índice que revela para certa pessoa a sua integração na comunidade nacional.

Temos enfim todos os elementos necessários à construção do conceito: *nacionalidade* será a situação jurídica geral cuja atribuição resulta de certos factos que o legislador atribui o valor de índices sociais reveladores de integração na comunidade nacional.

Mas contra o conceito assim construído poderá surgir uma crítica mais ou menos formulada nestes termos:

Como saber quais os factos que são índices de integração na comunidade nacional? Por atribuírem a nacionalidade? Mas isso é um ciclo vicioso visto que se define a nacionalidade pelos factos e os factos pela nacionalidade.

Não: tais factos são índices de integração na comunidade porque o legislador num momento prejurídico verificou que eles tinham efectivamente essa função social e só num momento posterior fez corresponder à sua verificação certos efeitos jurídicos.

Mas então — objectar-se-á de novo — a noção apresentada ainda não é rigorosamente jurídica, não emprega na sua factura exclusivamente conceitos técnico-legais porque o considerar-se certo facto como tendo ou não virtualidade para fazer a integração dum pessoa numa comunidade política é dar-lhe uma qualidade meramente social, prejurídica.

É verdade: este conceito ainda não é rigorosamente jurídico; e nem podia sê-lo *por impossibilidade da lógica do Direito*. É que o jurídico é-o para certa ordem jurídica em concreto e o conceito assim formulado refere-se a uma ideia geral de nacionalidade aplicável a qualquer ordem jurídica. Não pode haver um conceito de nacionalidade que seja ao mesmo tempo comum a todas Ordens Jurídicas e rigorosamente jurídico. Qualquer conceito de Direito é uma emanação de certa ordem concreta e só dela. Dada a característica da exclusividade que é inerente à própria ideia de Ordem Jurídica, não pode um conceito legal ampliar-se para além do próprio Direito que lhe deu origem. No caso presente o que há é, portanto, um verdadeiro

conceito internacionalístico que, embora não possa fundamentar-se em qualquer Ordem Jurídica merece, apesar de tudo a dignidade de verdadeiro conceito jurídico.

Entretanto procurou-se que o fosse tanto quanto possível. Referiu-se a nacionalidade à ideia bem caracterizada de *situação jurídica geral*, e procedeu-se depois à sua delimitação conceitual mediante a especificação dos *factos jurídicos* que a originam. Chegados, porém, a este último ponto é que só havia dois caminhos: ou mencionar os factos que em *Direito Português* originam a nacionalidade ou referir *genêricamente* os factos que, em qualquer Estado, tem a mesma função. No primeiro caso teríamos uma ideia *totalmente* moldada sobre a Ordem Jurídica portuguesa; no segundo caso tínhamos outra ideia que, inspirando-se ainda na função social que tais factos desempenham em Direito Português elabora um conceito que supera as ordens jurídicas nacionais, um verdadeiro conceito internacionalístico cuja utilidade consiste em permitir o funcionamento das regras de conflitos portuguesas que o tomam para elemento de conexão e que não poderiam aplicar-se se se adoptasse um conceito nacional.

Ficou já dito que o ser jurídico não é um ser em si mas um ser para.

Partindo desta consideração vejamos o que é nacionalidade para o Direito Português. Para tanto bastará que nos apropriemos do conceito geral já formulado adaptando-o ao caso concreto da nossa Ordem Jurídica nacional. E então a nacionalidade será: a situação jurídica geral cuja atribuição resulta da verificação dos factos enunciados nos art.º 18.º e 22.º do Código Civil.

Também já vimos atrás, na alínea a), que as situações jurídicas gerais resultavam da prévia atribuição dum estado pessoal e que este era uma qualidade inseparável da própria situação jurídica geral. E assim podemos dizer agora que ao lado deste conceito de nacionalidade como conjunto de poderes é possível e necessário formular ainda a definição paralela de *nacionalidade* como: o estado (ou qualidade) jurídica que resulta da verificação dos factos enunciados nos art.º 18.º e 22.º do Código Civil.

É pela atribuição desta qualidade jurídica que em momento logicamente posterior é encabeçada no sujeito a massa dos poderes que constituem a nacionalidade.

12 — Sistematização dos conceitos

Depois do que ficou dito parece conveniente fazer uma classificação das noções apresentadas.

Atendendo ao aspecto pelo qual era encarada a situação geral vimos que a nacionalidade podia ser tomada em sentido objectivo ou em sentido subjectivo conforme era vista pelo lado das normas ou das relações.

Atendendo à origem do conceito ficou dito também que podíamos enunciar uma noção internacionalística comum a todas as legislações ou, ao contrário, uma noção nacionalista com base apenas em certa ordem jurídica.

Viu-se ainda que podia atender-se à nacionalidade como *estado* de cuja posse depende a atribuição da respectiva situação geral.

13 — A nacionalidade não é um conceito unitário

Interessa considerar que a nacionalidade não é, em Direito Português, um conceito unitário.

Vejamos porquê.

Sabe-se o que é que individualiza uma situação geral: é ser um conjunto determinado de poderes e deveres, cuja atribuição resulta de certo facto.

Ora o que acontece com a nacionalidade é que esta nem resulta dum facto único, sempre o mesmo, como se vê da enumeração feita pelos art.ºs 18.º e 22.º do Código Civil, nem é um conjunto fixo e bem determinado de poderes e deveres, sempre os mesmos, pois é bem sabido que o conteúdo da nacionalidade é diferente conforme se trata de cidadãos *originários* ou *naturalizados*. Basta esta observação para se ver como há pelo menos duas situações que igualmente cabem dentro da ideia de nacionalidade: a situação de naturalizado e a de cidadão originário.

«A nacionalidade — diz Kelsen — é, sem dúvida, uma instituição geral dos Estados modernos mas não é essencial ao Estado.

Não há Estado sem súbditos mas pode havê-lo sem nacionais. E na medida em que está submetido às regras estaduais também o estrangeiro faz parte do povo muito embora não tenha direitos mas somente obrigações.

O povo não é formado só pelos nacionais. Estes constituem sòmente, no meio do povo, um grupo de individuos munidos de direitos e sobrecarregados de obrigações em elevado número».

Ora precisamente esses direitos e obrigações podem não ser rigorosamente os mesmos para todos os nacionais dando origem à distinção entre cidadãos originários e naturalizados.

14 — Nacionalidade e cidadania

Interessa fazer a distinção destas duas ideias que por vezes andam confundidas.

Pode perguntar-se, como já se fez em França, se os indígenas das colónias são verdadeiramente nacionais; e parece que a resposta só pode ser dada mediante a prévia distinção entre nacionalidade e cidadania.

Ora doutrinalmente apenas se consideram cidadãos aqueles nacionais que gozam de certos direitos de carácter predominantemente político, nomeadamente o direito de voto, o direito a ser eleito para funções políticas, o direito de ser provido em cargos públicos, etc.. Daí que, em relação a certos Estados se possa dizer que os indígenas coloniais são nacionais embora não sejam cidadãos em sentido doutrinal pois não gozam de poderes de cidadania.

Esta distinção entre cidadão e simples nacional aparece com clareza e é largamente dominante na doutrina jurídica sul-americana.

15 — A situação jurídica de estrangeiro

A situação de estrangeiro não é apenas um conceito negativo delimitado em função da qualidade de nacional; é, pelo contrário, também uma situação jurídica geral com conteúdo próprio constituído por certos poderes e deveres especiais nomeadamente o dever de submissão a certas medidas de polícia e ainda várias incapacidades de direito público e privado.

Acontece, porém, em certos países, não estarem todos os estrangeiros sujeitos ao mesmo regime jurídico.

Criam-se por vezes estatutos aplicáveis a certos estrangeiros qualificados segundo a sua nacionalidade de origem, em que lhes é concedido um regime mais favorável que aos outros estrangeiros e às

vezes tão favorável que está mesmo muito próximo da situação dos próprios nacionais. Daí que possam coexistir no mesmo país estrangeiros com situações jurídicas muito diferentes.

Para os mais favorecidos já tem sido proposta a designação de quase-nacionais, pois os poderes de que se encontram investidos são quase todos aqueles de que gozam os nacionais.

Mas há situações ainda mais favoráveis que a de quase-nacionais: pensemos na doutrina da extensão da nacionalidade propugnada por Garay e acolhida nalguns Estados americanos.

Esta doutrina atribui aos nacionais dum Estado que se encontrem noutra dos Estados que a adoptem todos os poderes dos próprios cidadãos não excluindo mesmo a elegibilidade para a Presidência da República.

Existem ainda outras situações de algum modo semelhantes à nacionalidade. Entre estas é frequente falar-se da categoria dos *ressortissants*.

Mas esta palavra tem sentidos diversos.

Umavez serve para designar os nacionais em contraposição aos cidadãos, segundo a noção que desta contraposição nos dá a doutrina latino-americana.

Na jurisprudência do Tribunal Permanente de Arbitragem serve para exprimir a ideia de nacionais com direitos políticos.

O termo *ressortissant* é, por isso, uma expressão cuja utilidade pode ser perigosa dada a sua ambiguidade.

Outro conceito afim da nacionalidade é o que foi criado pelo Tratado de Latrão e que se designa por «nacionalidade de função»: toda a pessoa que desempenhe funções na cidade pontifícia por delegação da Santa Sé é considerado nacional do Estado do Vaticano, seja qual for o Estado a que anteriormente tenha pertencido.

Já nos referimos atrás à cidadania. E em breve veremos ainda um conceito que interessa definir e comparar com o de nacionalidade — é o da nacionalidade atribuída pelas Ordens Jurídicas derivadas.

Tudo isto serve para mostrar como se podem colocar em gradação sucessiva os vários regimes jurídicos que vão desde a situação de estrangeiro à de nacional originário, passando pela de estrangeiro qualificado, pela de quase-nacional e pela de nacional por extensão.

16 — A nacionalidade nas ordens jurídicas originárias e derivadas

Se a nacionalidade constitui, como já vimos, uma situação jurídica geral, tanto pode ser referida a uma ordem jurídica originária como derivada.

É o que sucede com os Estados Federais, em que existe ao lado da nacionalidade federal uma nacionalidade respeitante a cada Estado-membro.

O mesmo poderá também acontecer com as Confederações, quando estas eventualmente possuam legislação unitária nesta matéria: em tal caso haverá também, a par da nacionalidade referente a cada Estado, uma nacionalidade própria da Confederação.

É conhecida do Direito Constitucional a distinção, cujo critério, aliás, se discute entre um Estado Federado e a uma simples circunscrição administrativa.

E daí o poder pensar-se que só aqueles podiam atribuir os poderes inerentes à qualidade de nacional. Ora não é assim, pois nada impede logicamente que um Estado Unitário atribua a certas autoridades administrativas um poder semelhante ao que, sobre esta matéria, é dado aos Estados Federados criando assim no seu território uma diversidade de regime jurídico a respeito da nacionalidade. Embora não seja natural será, no entanto, juridicamente possível e concebível.

17 — A nacionalidade das pessoas colectivas

Abre-se disputa entre os autores quanto a saber se é possível atribuir às pessoas colectivas a qualidade de nacional ou estrangeiro.

Já sabemos o que nos diz Niboyet sobre este ponto tão controvertido da teoria geral da nacionalidade: «o mundo não se constrói com abstracções e os agrupamentos personalizados não conseguiriam graças a uma hipertrofia do direito receber uma verdadeira nacionalidade».

Outros, afirmam em contrário, que, sendo a pessoa colectiva por força da lei um ente que actua na vida do direito praticando actos e sofrendo os efeitos da aplicação das normas, nascendo mergulhada no ambiente próprio de certo Estado, não pode deixar de trazer sempre consigo a marca da sua origem jurídica, que se concretiza afinal na nacionalidade.

Tais são as posições antagónicas que no panorama da doutrina jurídica se nos apresentam.

A face da lei positiva portuguesa, porém, não pode restar dúvida sobre a existência duma nacionalidade aplicável às pessoas colectivas. Assim, o art.º 111.º do Código Comercial fala em «sociedades nacionais» e o art.º 54.º do mesmo Código também. Citam-se estes preceitos legais apenas a título exemplificativo pois existem na lei ainda outras disposições das quais resulta, por igual e insofismavelmente, que foi intenção e vontade do legislador atribuir a qualidade de nacional a certas e determinadas pessoas colectivas.

Com isto, porém, não fica tudo dito pois não está ainda explicada a razão da opposição de doutrinas sobre o assunto.

É o que vamos tentar fazer mostrando que a questão resulta apenas de se não ter tido o cuidado de definir previamente os conceitos com que se lida.

Demorámos longas páginas deste estudo na tarefa de caracterizar e delimitar rigorosamente a ideia de nacionalidade; essa longa insistência, que poderia ter parecido fastidiosa começa agora mostrando quão necessária era, afinal.

Recordemos a afirmação acima feita de que, sendo a nacionalidade uma situação jurídica geral ela deveria caracterizar-se, ou pelos factos que a originavam, ou pela massa de poderes que continha. E com base neste critério ensaiámos uma definição que excluía pelos seus termos a possibilidade de ser aplicada às pessoas colectivas.

Parecia assim que para nós só as pessoas físicas eram susceptíveis de nacionalidade.

Mas eis que agora é a própria lei (Código Comercial, art.º 111.º e 54.º) que vem falar-nos de «sociedades nacionais» mostrando irrecusavelmente que também estas têm nacionalidade.

Como resolver a aparente contradição?

A solução encontra-se facilmente quando pensarmos que a mesma palavra é empregada na lei para referir conceitos *perfeitamente distintos*.

Quando se fala de nacionalidade com referência a pessoas físicas está-se usando a expressão para designar aquela situação jurídica geral que se constitui pela naturalização, pelo casamento ou pelo nascimento nas condições determinadas no Código Civil.

E quando se fala de nacionalidade referida a pessoas colectivas

está-se a empregar o termo para designar uma situação jurídica que é completamente outra *pois nem possui no seu conteúdo os mesmos poderes da anterior nem se constitui por meio de qualquer dos factos em que aquela encontra a sua origem.*

Trata-se, portanto, de uma mesma palavra que designa duas posições jurídicas, real e conceitualmente diversas, aplicáveis em casos totalmente diferentes e com *conteúdos distintos* ainda que parcialmente coincidentes.

Deste modo não há que tomar partido contra ou a favor dos que defendem a existência de nacionalidade nas pessoas colectivas ; antes haverá que esclarecer dizendo que a lei usa o mesmo termo para designar realidades diferentes : umas vezes para indicar uma posição jurídica que só é compatível com as pessoas físicas, outras vezes, em sentido diferente, para referir outra posição jurídica que também só pode fazer sentido quando aplicada a pessoas colectivas, embora seja certo que esta é constituída, em grande parte, à imagem e semelhança daquela.

Parece-nos, em virtude do exposto, que o conflito que entre os autores se desenha acerca deste assunto, não tem uma razão profunda de existir. A solução encontra-se a partir do momento em que observamos que tudo se resume, apenas, na utilização duma mesma palavra para designar conceitos de conteúdo e alcance diferente.

18 — A nacionalidade das coisas

A expressão nacionalidade não se aplica só às pessoas físicas e colectivas. É também aplicada, por vezes, a certas coisas : mercadorias, aeronaves, navios, etc..

Niboyet considera vicioso o emprego duma tal expressão a casos como os apontados.

O que há, afinal, é que também aqui se põe uma questão em larga medida semelhante à que vimos na alínea anterior, perguntando-se se as coisas e não só as pessoas são susceptíveis de nacionalidade.

O Direito positivo português acolhe, sem reservas, o conceito. Assim, quanto aos navios, o art.º 486.º do Código Comercial indica os que se consideram nacionais. Diz o referido preceito : «Serão havidos como nacionais para efeitos deste Código os navios que como tais se

acharem matriculados nos termos do acto especial de navegação». E diz, mais adiante, o art.º 488.º do mesmo Código: «As questões sobre propriedade do navio são reguladas pela lei da nacionalidade que o navio tiver ao tempo em que o direito objecto da contestação houver sido adquirido».

E o mesmo artigo pressupõe no seu § 2.º a possibilidade de os navios mudarem de nacionalidade.

Também as aeronaves possuem uma nacionalidade, que é semelhante à dos navios, como resulta de vários preceitos legais. O mais recente diploma que toca neste assunto é a Convenção sobre aviação civil de Chicago de 1944, assinada por Portugal e ratificada pela Carta de 28 de Abril de 1948. Contém esta Convenção todo um capítulo respeitante à nacionalidade das aeronaves e dispõe no seu art.º 17.º que estas «têm a nacionalidade do Estado em que se encontram matriculadas», reconhecendo o art.º 18.º a possibilidade de mudarem de nacionalidade mediante a transferência da respectiva matrícula.

Também aqui se verifica um fenómeno semelhante ao estudado na alínea anterior mas agora ainda com mais evidência: a lei designa com o mesmo termo — nacionalidade — um conceito *totalmente distinto* dos anteriores. Não há aqui que negar a possibilidade de atribuir nacionalidade a certas coisas (navios, aviões, etc.) mas antes de reconhecer que a realidade jurídica agora considerada não é evidentemente uma situação jurídica geral ou mesmo uma relação jurídica, visto que se está tratando de coisas e não de pessoas.

19 — Natureza jurídica da nacionalidade ; problemas prévios

Um outro ponto muito debatido na teoria geral da nacionalidade é o da natureza jurídica desta figura.

Concretizando mais: trata-se de saber a qual dos grandes ramos em que se divide o direito objectivo pertence o conceito que temos vindo a estudar.

Há autores que defendem a sua natureza publicística; outros, a privatística. Afirma-se que se trata de uma noção que pertence ao Direito Constitucional. E há quem entenda antes que respeita ao Direito Geral.

Tais são as posições da doutrina. Ainda aqui se verá mais uma

vez como foi útil o ter-se delimitado com todo o rigor as fronteiras conceituais da nacionalidade.

Primeiramente é necessário colocar o problema.

E, nesta fase preliminar, deve dizer-se que não adoptamos a posição daqueles que perguntam se a nacionalidade é um conceito de Direito Constitucional ou de Direito Geral acabando por optar por uma das soluções. A contraposição assim feita não parece exacta porque se opõem entre si ideias que são termos de classificações diferentes e não duma mesma classificação.

Feita a distinção entre Direito Público e Direito Privado há dentro destes ramos outras subdivisões que se delimitam segundo determinados critérios: de um lado temos o Direito Constitucional, Administrativo, Processual e Penal.

Pois bem: dentro desta mesma classificação é inteiramente correcto, dum ponto de vista puramente lógico, perguntar se certa norma pertence a este ou àquele termo da mesma classificação. Mas já parece que a questão fica mal colocada quando se contrapõe o Direito Constitucional ao Direito Geral, pois um e outro são termos de duas classificações diferentes e efectivadas segundo critérios diferentes.

É conveniente acentuar este ponto: a distinção entre Direito Geral e, digamos, os direitos especiais constitui um enquadramento de realidades jurídicas que é diferente, pelo critério que o inspira, daquele em que se analisa a classificação anterior.

Mas é conveniente aprofundar ainda mais a dissecação destes conceitos para melhor os compreender.

Sabe-se a distinção entre preceito e norma: a norma é a expressão abstracta dum tipo de conduta humana e contém imprescindivelmente em si a ideia dos sujeitos que realizam a conduta prevista. Engloba sempre, no desenho tipificado da realidade abstractamente prevista, um acto, os seus sujeitos e os seus efeitos. Os preceitos constituem a expressão verbal ou escrita das normas.

Ora há certos preceitos, e serão porventura a maioria, que são a expressão directa e imediata da norma: contêm em si descrição da conduta, a individualização dos sujeitos dessa conduta, o desenho dos seus efeitos. É o caso, por exemplo, do preceito do art.º 2.361.º do Código Civil: todo aquele que viola ou ofende os direitos de outrem constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado por todos os prejuízos que causa.

Existe neste preceito legal a referência aos dois sujeitos da relação (o violador e o lesado), à conduta que faz surgir a relação (a violação dos direitos de outrem) e aos efeitos dessa conduta (a obrigação de indemnizar). Este preceito contém, pois, em si a expressão de todos os elementos que compõem a norma. É, digamos, um preceito *total* porque revela uma norma na sua totalidade.

Mas a técnica da elaboração das leis adopta frequentemente um outro processo de exprimir as normas : em vez duma indicação directa e imediata da norma em todos os seus elementos o preceito contém apenas a indicação de um ou alguns desses elementos ; e é só da combinação desse preceito com outros preceitos que contém os restantes elementos que nos surge finalmente a norma na sua plena configuração. Veja-se, por exemplo, no Código Civil o preceito do art.º 369.º : «Coisa diz-se em direito tudo aquilo que carece de personalidade». Ou atente-se no preceito do art.º 13.º do Código Comercial :

«São comerciantes :

1.º — As pessoas que, tendo capacidade para praticar actos de comércio, fazem deste profissão.

2.º — As sociedades comerciais».

Da simples leitura destes preceitos vê-se claramente que eles não exteriorizam uma norma *pois não impõem qualquer conduta*.

Mas se conjugarmos este último preceito que nos diz quem é comerciante com o preceito do art.º 29.º do Código Comercial segundo o qual «todo o comerciante é obrigado a ter livros que dêem a conhecer fácil, clara e precisamente as suas operações comerciais e fortuna» já teremos outro elemento da norma : a conduta que esta exige. Existem assim preceitos que revelam um elemento, uma parte do todo que é a norma : ou o sujeito, como o citado art.º 13.º ou o acto que deve praticar-se como o art.º 29.º do Código Comercial. E porque estes revelam apenas uma *parte* da norma, um dos seus elementos (e não a sua totalidade) designá-los-emos por *preceitos parciais*.

Já sabemos que estes preceitos visam a ser conjugados com outros de forma a exprimir, integralmente, quando unidos entre si, todos os elementos da norma.

Isto é, os preceitos legais articulam-se entre si em ordem a exprimir normas.

A técnica legal que consiste em formular preceitos parciais é

extremamente útil pois, a não ser adoptada, seria necessário repetir a propósito de cada norma certos conceitos de utilização muito frequente, o que constituiria uma complicação verdadeiramente incomportável.

Por outro lado acontece que certos preceitos parciais, nomeadamente os que desenham conceitos jurídicos de carácter geral, vão combinar-se com muitos outros dando por vezes origem a normas de natureza diferente. Vejamos de novo o caso do preceito que nos diz quem é comerciante. Este combina-se com todos aqueles em que surja a expressão «comerciante» e dessa combinação resultam geralmente normas de direito comercial. Mas se o preceito em questão for aproximado de outro que eventualmente diga que todos os comerciantes estão sujeitos ao pagamento de certo imposto, já veremos como dessa aproximação resulta uma norma de Direito Fiscal e não já de Direito Comercial.

Assim se vê que o art.º 13.º que define quem é comerciante não pode, em absoluto rigor, classificar-se como pertencendo a qualquer ramo de Direito, nem mesmo ao Direito Comercial, porque tal classificação respeita a normas (ou a relações jurídicas) *mas é insusceptível de aplicar-se a preceitos parciais quando estes na sua combinação com outros dão origem a normas que pertencem, elas, a diferentes ramos do Direito.*

E agora voltamos ao ponto inicial da nossa afirmação atrás feita : enquanto a classificação de que um dos termos é o Direito Constitucional está referida a *normas* e tem natureza sistemática, a outra classificação de que um dos termos é o Direito Geral está referida a *preceitos* e tem sobretudo um carácter pedagógico : abarca um conjunto de matérias cujo estudo serve de base ao posterior conhecimento de cada um dos ramos especiais do Direito.

Daí que se tenha dito tratar-se da classificação de realidades diferentes que não devem contrapor-se como coisas incompatíveis entre si.

A segunda classificação é, porém, moldada sobre a primeira. Senão vejamos :

O Direito Geral é o que estuda aqueles preceitos parciais que se combinam de forma a originar normas pertencentes a todos ou quase todos os ramos de Direito ; estuda o conceito de pessoa, de coisa, de capacidade, etc., que todos eles se contêm nessa espécie de preceitos que não revelam certa norma na sua totalidade e a que, convencio-

nalmente, chamámos parciais. Em contrapartida, o direito a que podemos chamar Especial é o que estuda aqueles preceitos que apenas exprimem normas de certo ramo de Direito (Comercial, Civil, etc.).

20 — *Idem*; solução do problema

Posto assim o problema, bem diferenciadas, pelo seu critério e objecto, as duas classificações indicadas, vamos, à face de cada uma delas, classificar a nacionalidade. Começemos por ver se esta figura deve enquadrar-se no âmbito do chamado Direito Geral.

Há que distinguir a nacionalidade como conjunto de poderes e como qualidade pessoal cuja posse condiciona a atribuição desses poderes conforme ficou determinado ao definir o conceito em questão. Ora a nacionalidade como qualidade jurídica é precisamente atribuída por um preceito desses a que chamámos parciais e que se combina com muitos outros dando origem a normas de variada natureza. É um preceito que nas suas diversas combinações se alarga a quase todos os ramos de Direito Objectivo. Pode pois considerar-se o preceito atributivo da qualidade de nacional como um preceito de Direito Geral.

Já o outro aspecto da nacionalidade concebida como massa de poderes e consequentemente de relações jurídicas ou normas é insusceptível de ser enquadrado no Direito Geral pela razão muito simples de que este último não é o termo duma classificação de normas, relações ou poderes, mas de preceitos.

Vejam agora, à luz da outra das duas classificações consideradas, o problema tão largamente debatido de saber se a nacionalidade tem natureza privada ou pública e dentro desta se é ou não de Direito Constitucional. Já vimos, ao expor a doutrina de Niboyet, os argumentos que se colocam contra e a favor de uma e outra das teses. Podemos contudo afirmar que, em nossa opinião, o problema assim debatido está mal posto e a sua solução é logicamente impossível.

Considere-se de novo o duplo sentido da nacionalidade : qualidade e situação jurídica geral.

Como qualidade ela é atribuída por um preceito que foi considerado de Direito Geral e que é insusceptível de ser enquadrado

quer no Direito Público quer no Direito Privado porque estas categorias respeitam a normas, relações ou poderes (que são realidades de certo modo paralelas) mas não respeitam certamente a preceitos parciais.

Vejamos finalmente a nacionalidade como situação jurídica geral, como massa de poderes, relações ou normas.

Se tivermos em consideração que a classificação Direito Público — Direito Privado respeita a *normas, relações, ou poderes* e não a situações jurídicas gerais ter-se-á aí a razão do que há pouco afirmámos: o problema de saber se a nacionalidade é de Direito Público ou Privado é um problema mal posto. Mal posto e de solução impossível porque, como dissemos, aquela distinção reporta-se a *relações* e não a *massas ou feixes de relações*.

Precisamente estamos em frente duma dessas massas de relações que se enquadram, uma a uma, num e noutro destes ramos de Direito Objectivo tornando assim impossível a solução dum problema cuja inexistência fica de resto demonstrada.

E se não faz sentido, como deixamos dito, perguntar se a nacionalidade é de natureza pública ou privada é igualmente impossível perguntar, agora, e por maioria de razão, se ela pertence ou não ao Direito Constitucional.

Ficou, portanto, posta a nossa posição quanto a alguns problemas fundamentais que dizem respeito a aspectos genéricos da nacionalidade (1).

(1) O presente trabalho é um exercício escolar escrito no ano lectivo de 1947-48.

Apesar das imperfeições formais e doutrinárias que nele existem pareceu ao autor que valeria a pena publicá-lo pois acerca dalguns dos problemas aqui focados bem se pode dizer que não existe bibliografia nacional. Ressalve-se, entretanto, a monografia do Doutor Taborda Ferreira, *A Nacionalidade; alguns aspectos fundamentais* (Lisboa, 1953).

Publica-se este trabalho exactamente como foi então concebido e escrito, salvo ligeiríssimas modificações de pura forma.