

O MITO DA ILHA-BRASIL, DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS E A REGRA *UTI POSSIDETIS*¹

Carlos de Oliveira Coelho

Sumário: I – O mito da Ilha Brasil; II – O princípio *uti possidetis*; III – Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid de 1750; IV – O Barão do Rio Branco e a arbitragem das *Misiones Orientales*; V – *Uti possidetis*: uma evolução jurídica.



I. O MITO DA ILHA BRASIL

1. Na argumentação portuguesa relativa aos títulos jurídicos susceptíveis de justificar a aquisição de posse sobre territórios não ocupados, muito cedo – desde pelo menos o tempo de D. Manuel – um dos mais invocados foi a usucapião. João de Barros v.g., mesmo que o escritor fale dos mares da Índia, formula essa ideia de modo expresso. Mas, noutras áreas do avanço geográfico português – caso do Brasil – as coisas já se passaram de outro modo. A divisão entre Portugal e Castela dos territórios da América do Sul começou por ser efectuada

* O presente estudo foi inicialmente publicado em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume III, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012; aproveitou-se a ocasião para rectificar alguns lapsos não assinalados na inicial edição.

¹ ABREVIATURAS: EdD – Enciclopedia del Diritto; IBP – *De Iure Pacis ec Belis*; IPC – *De Iure Praedae Commentarius*; JIL – *Do Justo Império Asiático dos Portugueses*; ML – *Mare Liberum*; ONU - Organização das Nações Unidas; RC – Recueil des Cours, Académie de Droit International; La Haye; VOC – Companhia Holandesa das Índias Orientais.

pela via da negociação internacional. Acordado o Tratado de Tordesilhas, foi mediante uma linha imaginária que foram fixados os territórios que ficaram a pertencer a Castela e a Portugal. A referida linha imaginária, dividia a unidade geográfica natural do continente, criando duas unidades políticas independentes uma da outra. A unidade de cada uma delas, provinha da ligação à Coroa a que, cada uma delas, ficava sujeita. Mas, para além disto – pura construção diplomática – qualquer das áreas criadas carecia do mais elementar sinal de unidade geográfica. Nem acidentes naturais do terreno – v.g., cursos de água, relevos, formações florestais – nem tipos de ocupação humana foram tidos em conta. Aliás, aquando da celebração do dito Tratado em 1494, nem sequer os portugueses haviam chegado ao Brasil: até à viagem de Pedro Álvares Cabral decorrerão ainda seis longos anos. Desse modo, nem sequer se sabia que territórios eram esses que uma mera ambição territorial, norteadas por cálculos e intenções políticas dos soberanos reinantes em Portugal e em Castela, tinham feito crescer aos bens das coroas. Apesar da visível indiferença no Tratado de Tordesilhas, quanto às realidades geográficas e humanas, a pressão das mesmas, ainda que lentamente, por vir ao de cima, trazendo à luz um quadro orográfico, hidrográfico e humano de tal riqueza e complexidade que era impossível ignorá-lo. Como em tudo, aliás, bem pode dizer-se: *chassez le naturel, il revient au galop*. Enfim, cresciam, questões de ordem cosmográfica geradas pela dificuldade na determinação do ponto de passagem do meridiano de Tordesilhas².

Muito cedo os colonos portugueses se aperceberam da existência de dois rios cujos vastos deltas, respectivamente, a Norte – o delta amazónico – e a Sul – o delta platino pareciam

² Estas dificuldades começaram ainda a tinta do Tratado estava fresca. Assim, v.g. ANTONIO RUMEU DE ARMAS, *LA Mision Diplomática del Secretario de Estado Estêvão Vaz em España Solicitando Aclaraciones y Rectificaciones a Los Tratados, Recien Firmados, de Tordesillas* (1495), in *Estudos de Homenagem a Joaquim Veríssimo Serrão*, Vol. I, Edições Colibri, Lisboa, 1995, págs. 185 e segts.

constituir um anel rodeando uma larga superfície terrestre, como que criando uma larga ilha. Deste facto, resultou que, ainda no alvorecer da colonização do Brasil, essas excepcionais condições hidrográficas inspiraram a ideia de um continente abraçado por dois rios. A ideia como Jaime Cortesão sugere é porventura anterior à chegada dos colonizadores europeus que, no entanto não tardaram a aperceber-se do que na mesma havia de real e mesmo de inspirador. O *Mito da Ilha-Brasil* resulta pois, em grande parte, das especiais interligações das bacias hidrográficas dos grandes cursos de água que percorrem o Brasil e o separam de zonas interiores mais a ocidente. Esta construção não foi fruto de uma vontade de justificar qualquer tipo expansionista dos colonos portugueses, talvez discretamente encorajada pela Coroa lusitana. Como quer que seja, o que não pode ser esquecido é que este *mito* afunda as suas raízes na mais autêntica das realidades brasileiras.

Provinda pois da oralidade *tupi*, este *mito*, ainda na aurora da colonização portuguesa, passando da oralidade indígena penetrou na ciência náutica e cartográfica portuguesa. A este respeito, refere Jaime Cortesão que “Já na primeira metade do século XVI, entre 1528 e 1543, João Afonso, piloto português, ao serviço da França, fala nas suas obras da existência duma Ilha-Brasil tão perfeitamente rodeada pelo Amazonas e pelo Prata, os quais se ligavam por um grande lago, que se podia navegar e já se tinha navegado, respectivamente da foz de um para a de outro”³. Também na carta de 1561 de Bartolomeu Velho aparece cartografada a Ilha Brasil⁴. Neste mapa o Brasil surge distendido para Oeste de

³ JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid* – III, Livros Horizonte, Lisboa, 1984, pág. 639; Este autor mostra ainda que não se trata de algo de esporádico pois, ao longo do século XVII são inúmeros os mapas que representam o Brasil como uma ilha rodeada por dois braços do mar que não são senão o Rio Amazonas e o Rio da Prata.

⁴ JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid* – III, cit., menciona ainda, págs. 640 e 641, da Luís Teixeira e do francês Nicolau Sanson, além das várias relações, logo a partir do século XVI, como, v.g. a relação de

forma que a linha imaginária de Tordesilhas cobre a foz do Rio Amazonas e, bem assim, a do Rio da Prata. De uma lagoa que se situava no interior do território – a mítica Lagoa Eupana – partem vários rios. Assim, a caminho do Amazonas, onde desagua, segue na direcção Norte o Rio Pará. Para o Sul corre o Rio Paraguai que recebe o Rio Paraná, este por sua vez, mais acima, ligado ao Rio São Francisco. Esta densa rede de ligações fluviais, para mais com a comum origem na mencionada Lagoa Eupana, constituía-se, desse modo, em fonte de poderosa intuição da existência da Ilha Brasil. Mito, sem dúvida, mas sugestivo e para mais – acaba de ver-se – apoiado na cartografia de então e que corroborava as intuições pré-existentes. Compreende-se, pois, a insistente busca de tudo o que pudesse confirmar esse *mito tupi* entretanto vindo ao conhecimento dos colonizadores, em boa parte por meio dos relatos de missionários. Terá, dir-se-á em conclusão, de reconhecer plena razão aos que vêm no Mapa de Bartolomeu Velho, “...uma clara vontade de dar unidade orgânica à colónia”⁵.

Assim, compreende-se que se impusesse, tanto como se justificasse, que ao longo desses dois longos braços fluviais, estruturantes do continente sul-americano, uma inestancável expansão humana, logo nos primórdios da colonização do Brasil, tivesse paulatinamente povoado todas essas vastas regiões do continente sul-americano ao mesmo tempo que lhes conferia uma profunda hegemonia. A coincidência de mitos tupis e de intuições geográficas às quais, aliás, não faltava a corroboração científica – se é que as últimas não decorrem das primeiras – por certo que havia de originar – como, realmente, originou – quase certezas, a guiarem as acções de colonos,

António Rodrigues, (1533).

⁵ Referindo a importância deste facto, cfr. SYNESIO SAMPAIO GÓES, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid de 1750*, Oceanos n.º 42, Outubro/Dezembro de 1999, Comissão Nacional Para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, Lisboa, pág. 58.

soldados e políticos e religiosos. Seria dessa maneira que poderia confirmar-se, ou não, uma tal intuição.

Esta última contudo, independentemente de saber se teria confirmação no quadro geográfico, só por si, não poderia deixar de ter efeitos. De facto, guiaria os passos dos homens no terreno e as construções jurídicas e políticas de dirigentes. Nas palavras de Jaime Cortesão, “O mito expansionista da Ilha-Brasil que se antecipou à solução do problema da soberania portuguesa na América do Sul implicava um programa de acção”⁶. Um tal programa – a vontade de juntar a unidade política à unidade geográfica – pressupunha a paciente exploração de territórios susceptível de captar a verdade da geografia e assim, a confirmação do que até aí eram puras suposições. De facto, apenas a averiguação no terreno podia confirmar intuições até aí apenas sustentadas num *mito*.

Com efeito, nesses territórios, as expedições dos bandeirantes atravessaram longos sertões, religiosos, contrabandistas ou simples comerciantes dos sertões aproveitaram os trilhos dos indígenas ou aproveitaram numerosos cursos de água para vencer relevos mais ou menos agrestes que dificultavam o acesso ao interior desses territórios. Uma lógica humana, como uma imposição geográfica, sem dúvida, podiam explicar essas acções. Como justificação podia, ainda, alegar-se que tais territórios há muito eram percorridos por luso-brasileiros e colonos. Como nas alegações elaboradas no quadro do *Caso das Misiones Orientales* o Barão do Rio Branco teve oportunidade de recordar, “...desde o início do século XVII o território a Este do Rio Pequiry ou Pepiry, posteriormente Rio Pepiry-Guaçu – descoberto pelos brasileiros de S. Paulo, mais tarde denominados de paulistas e não por Cabeza de Vaca como foi recentemente alegado, através da modificação do itinerário conhecido do governador

⁶ JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid* – cit., pág. 646.

espanhol – estava sob o controlo dos paulistas e formava parte integrante do Brasil⁷. É, pois, legítimo, admitir que, em face das realidades geográficas existentes no terreno, a percepção das consequências do quadro jurídico gerado pela criação do meridiano mencionado e, bem assim, a respectiva tomada em atenção, fora reduzida.

2 – O mito da Ilha-Brasil podia ser o fio condutor para tentar obter a unidade geográfica de um território. Creio de resto que é essa ideia mítica que explica as reacções – tanto no Brasil quanto em Portugal⁸ – ao preceito do Tratado de Madrid que previa a devolução a Espanha da Colónia do Sacramento. Na verdade, essa cidade e respectivo território constituíam símbolos da chegada brasileira ao segundo grande delta do continente sul-americano e a realização da unidade brasileira em torno dessa ideia da Ilha-Brasil. Assim, a renúncia dessa mítica cidade traduzia o abandono – mesmo que imposto pelas circunstâncias – de um projecto de séculos, de fazer coincidir a realidade geográfica com a realidade política. No entanto, para a Coroa espanhola o que mais visível havia na materialização desse mito era o efeito expansionista tão bem traduzido em todo o contencioso criado pela Colónia do Sacramento. A fundação da Colónia do Sacramento bem com a longa saga para a sua defesa ilustra uma ocupação, pelo menos temerária, desse território quanto ao respeito dos limites de Tordesilhas. Depois, numa percepção da fragilidade da posição jurídica quanto à inclusão da Colónia nesse Tratado, a defesa da

⁷ Utilizámos a edição inglesa de 1894 intitulada, “STATEMENT SUBMITTED BY THE UNITED STATES OF BRAZIL TO THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AS ARBITRATOR, Under the provisions of the Treaty concluded September 7, 1898, between Brazil and The Argentine Republic, Vol. I, The Statement (English Translation), The Knickerbocker Press, New York, 1894, doravante designado apenas “The Statement”. De facto, foi em inglês que decorreu a actividade forense bem como foi em inglês que o Laudo arbitral foi proferido.

⁸ Foi esse, aliás, um dos motivos da oposição de Carvalho e Mello ao Tratado de Madrid. A verdade é que o Tratado de Santo Ildefonso de 1777, negociado sob a sua direcção, nesse ponto, nada mudou.

regularidade da posse passou a ser feita pelo recurso à Paz de Utreque. A ocupação na margem esquerda do Rio da Prata do território que viria a ser a Colónia não era senão mais um sinal da erosão da convicção – pelo menos para a Coroa portuguesa – da força vinculativa do Tratado de Tordesilhas.

A fundação da Colónia do Sacramento a que Espanha nunca se resignou, *et pour cause...*, originou gravíssimas fricções – nunca solucionadas – com a monarquia espanhola, não obstante a respectiva posse ter sido reconhecida a Portugal pela paz de Utreque, como acima se assinalou. Esse conflito era, afinal de contas, o sinal de que era necessário por uma vez solucionar os litígios e as dificuldades decorrentes da indiferença quanto à não aplicação do Tratado de Tordesilhas tornado em instrumento jurídico quase que dispensável enquanto incapaz de ser o quadro jurídico de referência para a superação das infundáveis quezílias – sobretudo de natureza territorial – entre luso-brasileiros e espanhóis. Portugal não poderia, pois, furtar-se à negociação das fronteiras do Brasil com as colónias espanholas na América do Sul. Saber, porém, qual o quadro jurídico em que eventuais negociações se inseririam já era, porém, outra coisa.

3 – No puro plano dos princípios poderia tomar-se como base das negociações o próprio Tratado de Tordesilhas naturalmente reactualizado e retirado do quadro teocrático da Bula Pontifícia *Inter Caetera* sua predecessora. Pertencente a um tempo e a uma visão espiritual que não era a do Iluminista e *estrangeirado* Alexandre de Gusmão, este só muito dificilmente a aceitaria. Era, porém, essa a solução que D. José de Carvajal Y Lencaster, o negociador espanhol, preconizava, apesar dele próprio ser um homem do Iluminismo. Alexandre de Gusmão, contudo, recusou. Sem prejuízo da análise mais pormenorizada a que adiante procederemos, por agora diga-se apenas que, entre outros motivos, a recusa provinha das realidades de facto ocorridas durante quase duzentos e

cinquenta anos terem alterado os dados da questão. Aliás, apesar dos avanços no campo da cosmografia, a determinação das latitudes não era ainda, totalmente, segura. Sendo assim, a única alternativa ao Tratado de Tordesilhas enquanto base jurídica para a negociação era, como entendia Alexandre de Gusmão, a adoção da regra *uti possidetis*.

Neste princípio cabe, porém, perguntar o que tinha em vista Alexandre de Gusmão ao insistir na sua adoção. Viu-se que o mito da Ilha Brasil constituíra-se em ideia justificadora da expansão territorial do Brasil. O que para Alexandre de Gusmão estará em causa será a consecução da coincidência da fronteira natural – obtida desse modo – com a política. A insistência de Alexandre de Gusmão na escolha do *uti possidetis* pode, pois explicar-se pela íntima convicção de que desse modo, lograria assegurar a tradução jurídica da expansão humana ocorrida ao longo dos séculos em busca dos limites naturais. A recusa do Tratado de Tordesilhas fora um primeiro passo nesse rumo. Um outro passo – que o estadista não hesitaria em dar – em idêntica direção, constituiria a escolha do princípio do *uti possidetis*. Mas mesmo esta dupla opção, só por si, estava longe de um sentido jurídico absolutamente inequívoco. Assim, antes de prosseguir, carecemos de saber o que se tem em mente quando se fala do princípio *uti possidetis*. Interrompa-se por breves instantes o fio da presente exposição e abra-se um parêntesis para recolher elementos que nos permitam tomar posição neste assunto.

Em suma, cabe perguntar: o referido princípio é apto para traduzir no plano jurídico a consolidação dos avanços territoriais lusitanos resultantes do mito da Ilha-Brasil e, bem assim, das respectivas consequências jurídicas? *Hic Rhodus hic Salta!*

II. O PRINCÍPIO *UTI POSSIDETIS*

4. É conhecida a polémica que opôs no século XVII Grotius a Frei Serafim de Freitas sobre a questão da liberdade dos mares. Omitindo agora pormenores sobre a mesma, diga-se, apenas, que defendendo Grotius no *Mare Liberum*⁹ o princípio da liberdade dos mares, Freitas, sem propor tese inteiramente adversa, admitiu no *De Justo Imperio Lusitanorum in Asia*¹⁰ a possibilidade de organizar em bases jurídicas a ocupação de áreas oceânicas, abrindo assim a via à territorialização do mar. Entre outras imputações Grotius atribuía à parte portuguesa a defesa da possibilidade de livre apropriação (latu sensu) do mar por usucapião. Na verdade, esse argumento, ainda muito antes da polémica, já entrara na panóplia de instrumentos jurídicos da Coroa portuguesa para a defesa dos interesses portugueses na Índia¹¹. Na primeira *Década da Ásia*, João de Barros, escreve o seguinte, “...quanto mais que ao prefente, já fam confirmádos per o direito de vfucapionis (como dizem os juriftas) de mais de cincoenta & tantos annos de *poffe fegũdo fe verá no proceffo defta hiftoria per efte modo*”¹². Haverá, pois que reconhecer que o instituto sempre desempenhou papel importante nos argumentos portugueses. Note-se, em todo o caso, que João de

⁹ *Mare Liberum*, Utilizaremos a tradução inglesa de Ralph Van Deman Magoffin, constante da edição de James Brown Scott, Oxford University Press e, bem assim, o texto em latim sobre o qual a referida tradução foi feita; Oxford, 1916.

¹⁰ *Do Vusto Imperio Lusitanorum Asiatico (do Justo Império Asiático dos Portugueses)*; edição bilingue, com textos em português e em latim; publicada sob os auspícios do Commissariado para a XVII Exposição Europeia de Arte Ciência e Cultura, Lisboa, 1983, Introdução, prefácio e notas do Prof. Doutor Marcello Caetano, apêndice com rol das obras citadas por Serafim de Freitas, do Prof. Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva; tradução do texto em latim do Dr. Miguel Pinto de Meneses, Volumes I e II (reimpressão), Instituto de Nacional de Investigação Científica, Lisboa, 1983; 1.º Volume: versão portuguesa, 2.º Volume: versão latina.

¹¹ Cfr., ANA MARIA PEREIRA FERREIRA, «*Mare Clausum, Mare Liberum, Dimensão Doutrinal de um Foco de Tensões Políticas*, Cultura, História e Filosofia, Instituto Nacional de Investigação Científica, Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 1984, pág. 341.

¹² JOÃO DE BARROS *Ásia Primeira Década*, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, Lisboa, 1988, pág. 219.

Barros sublinha que de qualquer modo sempre será necessário dar serventia “...ás propriedádes que cada hũ tem cõfrontádas com nofco”¹³ o que, porém, adverte logo a seguir é válido somente para o povo cristão, que, “...affy no governo de fua policia se rege pelo direito Romano”. E, acrescenta João de Barros, os príncipes cristãos “...acceptam eftas leyes em quãto fam fustas e & cõformes a razam que é madre do direito”¹⁴. Não sendo jurista, João de Barros não diz, nem parece sentir que deva dizer, qual a fonte normativa da doutrina que refere. Embora Grotius não cite João de Barros não ignora a doutrina enunciada pelo humanista português. Assim, qualquer que tenha sido a fonte da sua informação, Grotius empenha-se em rebatê-la. Para isso no ML¹⁵ recorre à *lex sane si maris* na qual consta o *uti possidetis*. A mesma dispõe:

“Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, *uti possidetis interdictum ei competit*, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica, ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas”¹⁶ (Dig. 47.10.12). [Se a alguém pertencer o direito próprio do mar, sem dúvida que lhe pertence o interdito *uti possidetis*, caso lhe queiram embargar o exercício do seu direito]¹⁷

¹³ JOÃO DE BARROS, *Ásia, Primeira Década*, cit., pág. 219.

¹⁴ JOÃO DE BARROS, *Ásia, Primeira Década*, cit., pág. 219.

¹⁵ Cfr. supra nota 8.

¹⁶ D. XLVII, 10, 14; Grotius não reproduz o texto e a versão de Serafim de Freitas é incompleta. Na verdade, na mesma não consta a parte final do texto em causa ou seja o passagem, acima em itálico, “...*quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica, ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas.*”. Não obstante a matéria de que a mesma se ocupa – a natureza privada ou pública falta do interdito aqui previsto – não é ignorada por Freitas e será objecto da sua atenção pouco adiante.

¹⁷ Esta versão, constante do texto português que temos vindo a seguir, é da

(itálicos nossos).

Sendo este o texto invocado para negar a possibilidade de aquisição por usucapião da propriedade sobre as águas, nomeadamente marítimas, siga-se a leitura respectiva de Grotius. Este analisa a questão da aquisição de direitos reais sobre imóveis por usucapião e por prescrição aquisitiva, respectivamente, nos capítulos V e VII¹⁸. Embora se trate do mesmo assunto – aquisição de direitos reais por usucapião – no nosso contexto faremos o exame conjunto desses dois capítulos.

No capítulo V o assunto é identificado como “...hic iam agi de iure fruendo quod ex causa *privata* contigat, *non publica sive communi...*”¹⁹ (itálicos nossos). O texto de Paulo, segundo Grotius, é insusceptível de tutelar a posição portuguesa pois quando diz: “...*si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competere*”, isso significa apenas a possibilidade de utilizar o interdito *uti possidetis* presente na *lex sane*, para defender a propriedade privada. De facto, logo a seguir, o texto precisa, “Esse quidem *hoc interdictum ad privatas causas comparatum, non autem ad publicas...*”²⁰ (itálicos nossos). Ora, consoante explica²¹, as causas públicas são “...*quae iure gentium communi facere possumus...*”. Assim, a forma de ocupação do mar a que se reporta o *uti possidetis*, segundo Grotius, exclui a presença do que considera uma *causa publica*. O raciocínio de Grotius parece encontrar pontos de apoio no próprio texto do Digesto. Na verdade, após dizer que, “...*quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam*”, insiste pouco após, na mesma ideia deste modo,

autoria do Sr. Dr. Miguel Pinto de Meneses, ao traduzir a versão de Frei Serafim de Freitas que se encontra no Capítulo X do *JIL*; ob. e ed. cit., Capítulo X, 253, n.º 21 (itálicos de Serafim de Freitas).

¹⁸ O texto de João de Barros apenas fala em usucapião. A simultânea menção a usucapião e prescrição aquisitiva pertence a Grotius.

¹⁹ *ML*, ed. cit. pág. 32.

²⁰ *ML*, ed. cit. pág. 32.

²¹ *ML*, ed. cit. pág. 32.

“...quod ex privata causa contingat, non ex publica, ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas” (itálicos nossos). Assim, a posse portuguesa sobre espaços marítimos, juridicamente segundo Grotius, não é tutelada. No capítulo VII Grotius retoma o assunto agora sob o prisma da prescrição aquisitiva. Nada mais, porém, acrescenta à anterior análise limitando-se, no que respeita à análise do *uti possidetis*, a criticar a opinião de Acúrsio que interpreta a figura de modo diferente do dele próprio²².

5 – Não cabe nos propósitos deste estudo seguir as vicissitudes da controvérsia. Das críticas de Freitas a Grotius, interessam-nos apenas as relativas ao objecto deste estudo isto é a linha de desenvolvimento do *uti possidetis* desde a sua aparição no debate entre os dois autores até à sua utilização por Alexandre de Gusmão e, posteriormente, pelo Barão de Rio Branco. Assim, debruçar-nos-emos sobre dois temas que influenciarão futuros desenvolvimentos do tema: o debate público/privado – já presente em Grotius – e a questão da equidade, introduzida por Serafim de Freitas. Quanto ao primeiro aspecto Serafim de Freitas nega a interpretação do jurista de Delft, pois, escreve, “...alguns interditos aplicam-se a causas públicas, e outros a causas particulares, como ensina o próprio Paulo...”²³. A verdade é que a contraposição *causa pública/causa particular* [*priuata* no versão em latim], não se sobrepõe, respectivamente, à distinção, *direito público/direito privado*, dada a muita restrita noção do direito romano quanto ao direito público. Este apenas abrange o que tem a ver com o *populus Romanus*” [*Publicum ius est quod statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*]²⁴. Contudo,

²² *ML*, ed. cit. pág. 55.

²³ FREI SERAFIM de FREITAS, *JIL*, ob. e ed. cit., págs. 255; a versão latina diz o seguinte, “...quia interdictorum alia ad causas publicas, alia ad priuatas accomandatur docente ipso Paulo...”, FREI SERAFIM de FREITAS, *JIL*, ob. e ed. cit., Vol. II, pág. 125.

²⁴ Sobre a questão da definição do direito público em Roma e sua

tal como sucedera no ML, também o texto do JIL, invocado pelo frade mercedário não o diz. Mas que a aquisição do mar ou de direitos sobre superfícies marítimas não integra qualquer tipo de causa particular é para Serafim de Freitas algo de indubitável pelo que, para ele, o *uti possidetis* pode abranger essa realidade.

No que respeita ao segundo aspecto e ter em conta começar-se-á por transcrever uma passagem que, aparentemente, parece nada ter a ver com a questão em exame. Nota Serafim de Freitas que "...o Imperador é senhor do mundo, (...) e o mar é julgado pela lei que ele aprovou". Assim, prossegue, "...nesta matéria o príncipe pode estatuir, conforme lhe parece *ex aequo et bono*, porquanto o poder do Soberano não é inferior ao da lei pública..."²⁵. O que, com esta alusão à equidade, Serafim de Freitas pretende não é, porém, inequívoco. Segundo Braga da Cruz, um comentador anónimo das *Ordenações Manuelinas* – Luís Correia?²⁶ – ao ocupar-se da ideia de que a aplicabilidade do direito romano depende da sua conformação à razão, nota que, sendo assim, é permitido recorrer à própria razão, para preencher as lacunas da lei escrita. Nessa ordem de ideias, o comentador anónimo prossegue acrescentando que, na falta de direito expresso, se devia recorrer à equidade²⁷. A questão que se coloca é a de saber se Serafim de Freitas, ao falar de estatuição *ex aequo et*

delimitação relativamente ao direito privado, cfr. FRITZ SCHULZ, *Prinzipien des Römischen Rechts*, consultado na edição espanhola, *Principios del Derecho Romano*, 2.ª edição, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 49 e segts., passim.

²⁵ FREI SERAFIM de FREITAS, *JIL*, ob. e ed. cit., pág. 301.

²⁶ Sobre a questão de saber se Luís Correia é o comentador anónimo das *Ordenações Manuelinas*, cfr., GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na História do Direito Português*, In *Obras Esparsas, Estudos de História do Direito, Direito Moderno, Acta Universitatis, Conimbrigensis*, Coimbra, 1981, Volume II, 2.ª Parte, págs. 338 e segts., nota 2, aqui inteiramente seguido.

²⁷ Nota BRAGA DA CRUZ que segundo o anónimo na "...falta de *direito expresso* (o mesmo é que dizer, de preceito expresso de *direito romano*) se deve recorrer à equidade, procurando sempre a solução mais humana" (itálicos de BRAGA DA CRUZ), *O direito subsidiário* cit., 339, nota 2.

bono", está a raciocinar em termos semelhantes aos do citado comentador anónimo das *Ordenações Manuelinas* isto é se está a pensar no direito romano como meio de preencher lacunas. Em tão breve passagem faltam elementos que permitam apreender com segurança o pensamento neste ponto do canonista de Valladolid. Apesar da sua incerteza penso que resposta deve ir no sentido acima visto pois a posição de Luís Correia tem a ver com a racionalidade do direito romano, faceta na qual João de Barros encontrava razão para a sua utilização. Acresce ainda que as soluções propostas por Freitas a partir do *uti possidetis* supõem uma visão da *lex sane* coincidente com a dos glosadores, caso de Acúrsio visado por Grotius²⁸.

6 – O *uti possidetis* surge na *lex sane* no contexto de litígios de natureza jurídica privada emergentes de dissídios ocorridos nas costas e praias do Mediterrâneo. Grotius, em face da inexistência de normas do direito das gentes que disciplinassem os factos em causa recorria a normas de direito privado que se lhe podiam aplicar. Fazia-o com o objectivo de, desde logo, mostrar aos destinatários do *ML* que, como quer que as coisas fossem vistas, nada poderia retirar-se do *uti possidetis*, antecipando possíveis argumentos, aliás, por isso mesmo puramente virtuais. Não é seguro se tornava assim, a posição jurídica da VOC mais sólida embora nos pareça que a serem as coisas como Grotius defendia nunca o *uti possidetis* teria campo normativo próprio pois, figura do direito privado, fora Grotius que a trouxera para o campo do direito público retirando-lhe, porém, qualquer hipótese de integração no direito internacional ao eliminar tudo o que não coubesse no texto legal estritamente interpretado em termos privatísticos. Na verdade, esta matéria aparece em Grotius contextualizada no velho debate – de origem medieval – do *ius naturale primum* e do *ius naturale secundarium* na base do qual

²⁸ *ML*, ob. e ed. cit., pág. 51.

constrói a sua visão do *uti possidetis*. Assim, a uma interpretação puramente literal da *lex sane*, faz crescer o facto de tratar-se de figura que, pelo facto de, como opina, pertencer ao *ius naturale primum* não é passível de alteração, travando pois a sua eventual evolução. No quadro da controvérsia no *ML*, talvez fosse mesmo essa a real intenção de Grotius.

7 – Forma de superar este modo de interpretar e preencher eventuais lacunas no *uti possidetis* será o apelo à equidade. Creio ser essa a via proposta por Frei Serafim de Freitas no *JIL*. No capítulo XIII²⁹ o canonista português, começa por observar que, “...ainda que, pelo direito natural ou pelo direito das gentes, esta navegação e protecção sejam comuns a todos (...) a verdade é que por vontade do povo ou do príncipe (vel populi, vel principis voluntatis) algumas vezes se observa o contrário. Serafim de Freitas afirma assim a possibilidade de sobreposição ao direito natural e ao *ius gentium* de Grotius. Precizando um pouco Serafim de Freitas escreve que a superação que refere, quanto ao príncipe, é feita *ex aequo bono*. A apoiar esta asserção Freitas cita André Alciato. É possível que se considere possuir algum anacronismo na invocação da autoridade de Alciato³⁰ em pleno século XVII. Mas, ao que penso, o sentido da citação é o de traduzir uma nítida rejeição das ideias de Grotius e do seu universo cultural.

Creio, outrossim, que a tradição dos glosadores está bem presente em Serafim de Freitas ao invocar a possibilidade de ultrapassar o direito natural. Afirmar, “...*ut ex aequo bono visum ei fuerit, statuere potest*”, é afinal reconhecer a presença da faculdade de superar uma visão puramente literal do direito. Assim, o recurso à equidade permite ao jurista ultrapassar uma qualquer perspectiva rígida do direito natural. Isto, sem levar

²⁹ FREI SERAFIM de FREITAS, *JIL*, ob. e ed. cit., pág. 301.

³⁰ Sobre Alciato e a sua influência, designadamente no direito português, cfr. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo e Direito em Portugal no século XVI*, Lisboa, 1964, págs. 177 e segts.

em linha de conta que a visão do direito natural de Serafim de Freitas não tem nada em comum com a de Grotius³¹. Pesou porventura, nesse facto a circunstância de Acúrsio ter, tradicionalmente, desfrutado de enorme prestígio em Portugal^{32,33}. Seja como for, o desconhecimento por parte de Grotius da dimensão praxeológica domina o seu pensamento. Sem reparar que Portugal elaborara, tanto uma doutrina como uma prática, não conseguiu elaborar uma heteropraxia a contrapor à portuguesa. Teve Franz Wieacker ocasião de notar: “Os glosadores (...) aprenderam dos grandes juristas romanos a arte de resolver os conflitos da vida em sociedade, não com recurso à força ou a costumes espontâneos irracionais, mas através da discussão intelectual dos problemas jurídicos autónomos e de acordo com uma regra geral baseada nesta problemática jurídica material” e, bem assim, que, a “...nova exigência dos juristas *racionalizou* e *jurisdicionalizou* para

³¹ Em Dig., 1.1.9. (2.^a parte) Gaio define o direito natural como, “...quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur”. Esta mesma definição consta das Institutas de Gaio, cfr. texto em GAIO, Instituições, Direito Privado Romano, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2010, pág. 77. Ora é exactamente esta a definição de direito natural que consta de *JIL*, ob. e ed. cit., pág. 107.

³² Sobre a importância em Portugal de Acúrsio cfr. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na História do Direito Português*, In Obras Esparsas, cit., págs. 305 e 306, nota n.º 2. O autor nota que a influência de Acúrsio em Portugal, traduzida no facto de à sua *Glosa Magna* ter sido atribuído o valor de direito subsidiário, “...representa, que saibamos, um caso singular no quadro dos direitos europeus”; cfr., ainda, NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, Lições de História do Direito Português, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.^a edição, Lisboa, 2006, págs. 399 e segts., passim.

³³ Ao referir a *Lex sane*, imediatamente Frei Serafim de Freitas, refere as glosas de Acúrsio e de Baldo dizendo. Segundo NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, as citações de Acúrsio provêm da *Glosa Magna*, edição de 1584; ainda de acordo com o mesmo autor as citações de Baldo provêm do Comm. in *Digestum Vetus, Infortiatum, Digestum Novum et Codicem*, edição de 1616, in Apêndice II da edição do *JIL* que temos vindo a acompanhar, respectivamente, a págs. 69 e 70; Quanto a Grotius não há no *ML* qualquer alusão à *Glosa Magna*.

sempre a vida pública na Europa”³⁴. Em tudo isto não pode ser olvidado o papel da equidade como a teorização de Freitas tão bem ilustra.

8 – Se é pacífica a aceitação da origem romana do *uti possidetis*, a partir dessa admissão tudo deixa de ser tão claro. De qualquer modo cremos que é, de facto, Grotius que o invoca pela primeira vez nos termos e com os fundamentos que apresentou no ML³⁵. Embora, como já se viu à saciedade, o texto seja apresentado como de direito privado – aspecto sempre afirmado pelo jurista batávio – a verdade é que a sua invocação é feita no âmbito do conflito internacional entre Portugal e a Holanda, tendo uma finalidade de natureza eminentemente internacional: influenciar as negociações que conduziram à trégua de 1609. Em 1737 o internacionalista holandês Binkershoeck utiliza o termo no sentido de significar que, no termo de um conflito armado, cada um dos beligerantes tem o direito de ficar com as aquisições territoriais obtidas no conflito. Numa outra perspectiva do assunto³⁶ há quem o veja como sendo a figura constante de D 43,17. Pela sua importância trata-se de aspecto que deve ser esclarecido. Não obstante Dig. 43.17.0 ter como epígrafe *Uti possidetis* a verdade é que será no capítulo dos interditos (Dig, 47) que se regula como é concedido o interdito em causa. Em Dig. 43.17.0 temos uma regulação substantiva enquanto em Dig. 47.10.14 tratar-se-á antes, da disciplina processual que abrange a necessidade de fazer a prova da posse, aspecto que, se bem vemos a questão, não consta de Dig. 43, 17. Digno de nota é o facto de todo o capítulo 43,17 ser composto por textos de

³⁴ FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, cit., pág. 65.

³⁵ Neste sentido um autor afirma: “In 1609, Grotius ist still relying on the roman law interdictum uti possidetis para indicar a posse privada”, SUZAN LALANDE, *Determining boundarties in a confliting world, the role of uti possidetis*, McGill – Queen’s University Press, pág. 21.

³⁶ Assim, BASSETT MOORE, *Memorandum on Uti Possidetis, Costa Rica-Panama Arbitration*, 1911.

Ulpiano, com excepção de 43, 17, 2 no qual se dispõe que “Quem quer que possa ser o possuidor, por este só facto tem mais direito que quem não possui”³⁷ cuja autoria é de Paulo. Ora, a *lex sane* (Dig. 47, 10,14) é igualmente da autoria de Paulo. Dir-se-á, pois, que os dois textos como que, mútua e reciprocamente, se complementam. Nesta medida continuamos a pensar que o *uti possidetis* que Alexandre de Gusmão tem presente é o que consta de Dig, 47, 10, 14.

Mesmo tratando-se de um estádio doutrinal que o século dezassete não atingira, a verdade é que a forma como o direito romano havia concebido a figura não a impediu de evoluir e de atingir a sua conformação actual mesmo que, em boa medida, tenha perdido algumas das suas linhas definidora. Resultam daqui três consequências: em primeiro lugar o instituto deixa de ser visto como forma de tutela cautelar. Em segundo lugar adquiriu a natureza de meio de defesa definitiva da posse. Em terceiro lugar, enfim, perdeu em definitivo qualquer conotação de figura, exclusivamente, ligada ao direito privado. Afinal de contas, a evolução registada, acabou por confirmar as intuições de Serafim de Freitas relativamente à sua leitura do interdito possessório contido na *lex sane si maris*. Sem exagero, pode dizer-se que a configuração actual do *uti possidetis* contem, bem vistas as coisas, muitas das características provindas da leitura da *lex sane* feitas pelo jurista português. Aceita que a *lex sane* permita que a tutela da posse aí contida, fosse por igual válida quer para situações de direito privado quer de direito público. Admite, aqui sem grande afastamento em relação às ideias de Grotius, que a figura fosse meio possessório de defesa definitivo, ignorando pois, em boa medida, a sua índole cautelar. Estes traços permitiram ser este o modelo de *uti possidetis* a que alude Alexandre de Gusmão. De lado ficava a

³⁷ Usta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.

teorização de Brinkshoerk no decurso do século XVII, retomada no início do século XX por John Bassett Moore³⁸. Visto o que está em jogo no *uti possidetis* como critério jurídico regulador de litígios territoriais, fechemos o parêntesis aberto e vejamos como o mesmo surgiu no âmbito dos litígios fronteiriços sul-americanos³⁹.

III. ALEXANDRE DE GUSMÃO E O TRATADO DE MADRID DE 1750

9. Tal como dissemos no fim de I o princípio fazia pois a sua entrada no campo da regulação jurídica-diplomática dos litígios relativos às fronteiras sul-americanas, das nações ibéricas. Acrescentemos agora que o seu sentido é o que resulta de II. Gusmão, a quem cabe o mérito deste modo de posicionar o assunto, apadrinhava-a. Enquanto a leitura de Grotius conferira o *uti possidetis* uma disciplina da qual muito pouco em termos práticos podia ser utilizado, inversamente, a leitura de Freitas abria caminho para encarar as coisas de outra

³⁸ LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, no curso, *L'UTI POSSIDETIS et les efectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers*, Recueil des Cours de L'Académie de Droit International, 1997, Vol. 263, após ver no mesmo "...um «parvenu»...", considera poder-se, "...sem dúvida, situar a origem geográfica, histórica e política do *uti possidetis* na época da emancipação colonial em relação à coroa espanhola, das repúblicas americanas no século XIX..."³⁸. É, porém, duvidoso que as coisas possam conformar-se deste modo e que esta dupla afirmação possa sem mais, transitar em julgado. A afirmação de que o instituto é um *parvenu*, é desmentida pela evolução acima traçada quanto ao papel do *uti possidetis* na controvérsia luso-batávia do primeiro quarto do século XVII como, aliás, pelos diferendos fronteiriços luso-espanhóis na América do Sul durante o século XVII. Antes das quezílias devidas à delimitação das fronteiras dos Estados emancipados da Coroa espanhola já o princípio fora afirmado e aceite conjuntamente por Portugal e por Espanha, no Tratado de Madrid de 1750.

³⁹ Jaime Cortesão reconduz o *uti possidetis* às ideias de John Locke ao escrever: "...já que o único direito reconhecido pelos ingleses era o do *uti possidetis* tão compaginado com as doutrinas do direito natural de Locke, mandava a prudência firmar bem a posse do Rio Grande de S. Pedro...", *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid*, cit., III, págs. 761.

maneira, em especial para facilitar a aplicação do *uti possidetis* a casos como os presentes em meados do século XVIII nos territórios regidos pela Coroa portuguesa⁴⁰. O canonista agira no quadro do conflito luso-batávio na Ásia. Gusmão tinha em face de si as tensões fronteiriças luso-espanholas no América do Sul.

Creio que já antes da consagração jurídica no texto do Tratado de Madrid, Alexandre de Gusmão tinha presente o princípio *uti possidetis* e, bem assim, o desiderato de o consagrar como instrumento de política internacional. Em Outubro de 1736, Alexandre de Gusmão, que então desempenhava as funções de Secretário particular de D. João V⁴¹, iniciando um processo de renovação da doutrina portuguesa em matéria de relações externas, num documento – a chamada *Grande Instrução*⁴² – enviado a D. Luís da Cunha observava que não convinha a Portugal pedir "...que se reponham as coisas *in stato quo*, referindo-o ao tempo antes das últimas hostilidades, porque é provável que tenhamos ocupado muito mais; *nem instar que até á decisão final se conservem nos termos de uti possidetis*, porque é incerto o que

⁴⁰ De facto, não é natural que as ideias de Frei Serafim de Freitas tivessem sido abandonadas. Vê-se, v.g., que a mesma foi seguida por Domingos Antunes Portugal. Este, juiz da Casa da Suplicação e dos agravos (1664) veio mais tarde a desempenhar as funções de, membro do Conselho Ultramarino, funções que um século mais tarde Alexandre de Gusmão também esteve investido. Defensor, tal como Freitas, da aquisição da posse por usucapião bem pode ter sido o elo entre a conceptualização intelectual e a passagem dessa congeminção teórica à doutrina política, cfr., supra nota 6, MAGDALENA RODRÍGUEZ GIL, *Domingos Antunes Portugal. Un Jurista Barroco*", cit., pág. 3.

⁴¹ O título, aparentemente modesto, de Alexandre de Gusmão nada significa. Homem da total confiança do Rei, encarregado por este da negociação fronteiriça luso-espanholas na América, corresponder-se-á directamente com o embaixador português em Madrid. Vários dos despachos assinados pelo secretário dos negócios estrangeiros, Marco António de Azevedo Coutinho foram minutados por Gusmão.

⁴² JAIME CORTESÃO a este respeito, nota; "A *Grande Instrução* ocupa-se nada menos do que da possibilidade e mais do que isso das vantagens duma mudança nas relações exteriores de Portugal...", *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid* – III, Livros Horizonte, Ld.^a, Lisboa, 1984, pág. 611.

teremos conservado ou perdido até que lá cheguem as ordens, visto que a Espanha continuamente vai aumentando forças para aquela parte"⁴³. Alinhemos duas notas, entre as consentidas pela passagem transcrita.

Na mesma, a primeira coisa a reparar consiste no facto de um ministro de D. João V referir a existência do dito princípio em correspondência diplomática a um embaixador português – D. Luís da Cunha – e determinar que o diplomata o defenda. Assim, o dito princípio, explicitamente, é tido como argumento base. A segunda circunstância reside na constatação de para Alexandre de Gusmão não se encontrar em causa, apenas, a defesa ou a definição de fronteiras. Aquilo que o Conselheiro do Rei tem em vista, de um modo muito largo é, através do mito da Ilha-Brasil, assegurar a possibilidade de manter os ganhos territoriais resultantes da ocupação pelos portugueses – com ou sem violação do Tratado de Tordesilhas⁴⁴. Nessa perspectiva Cortesão acrescentava: "A 14 anos de distância já o célebre princípio estava na mente do negociador do Tratado de Madrid"⁴⁵. A sua consagração, aliás, no texto do Tratado tornava-se, tanto mais fácil quanto a elaboração que dele Serafim de Freitas fizera facilitava a sua aplicação.

As ideias do negociador do Tratado de Madrid, em relação às do canonista contêm elementos de continuidade. Em primeiro lugar tem em conta a necessidade da passagem de largo período de tempo, aceitando, pois, o facto da ocupação como condição para o *uti possidetis*. Quanto ao segundo as instruções enviadas a D. Luís da Cunha, mostram que Alexandre de Gusmão aceitava o alargamento, já admitido por Freitas, do *uti possidetis* ao direito público, aceitando assim um

⁴³ Transcrito a partir da citação de passagens da *Grande Instrução* feita em JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid* - III, CIT., 627.

⁴⁴ JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid* - III, cit. pág. 611.

⁴⁵ JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid* - III, cit., 1984, pág. 627.

eventual alargamento aos direitos de soberania. A este respeito a presença do canonista português é assegurada pois serão doravante estas, quaisquer que sejam os contextos factuais presentes, as características que irão dominar a doutrina jurídica brasileira neste campo. A nosso ver, a invocação do *uti possidetis* em diferentes tempos e espaços não implicou qualquer esvaziamento do seu núcleo central em especial a fonte romanística pois permaneceu o seu fulcro, a saber a tutela da posse enquanto fonte de aquisição de direitos.

10 – Cremos que no contexto das relações luso-espanholas a invocação de um título como o *uti possidetis* não se limitava a ter a função de fundamentar a posição sustentada por Alexandre de Gusmão. Na verdade, em fase ainda muito embrionária das negociações o primeiro-ministro espanhol – D. José de Carbajal y Lencaster – ainda sustentava que a delimitação das fronteiras devia ter por base o já antigo Tratado de Tordesilhas⁴⁶. Ou seja recorria a uma fonte de direito internacional de incontestável validade jurídica. Mas, sendo assim, então o afastamento desse Tratado teria de provir de título jurídico de igual força jurídica que o revogasse. O Tratado de Tordesilhas e o seu papel na negociação ocuparam, entre Julho de 1747 e Abril de 1748, um importante lugar numa série de memórias e contra-memórias trocadas entre os dois Estados. Ora, nos documentos espanhóis é recorrente a imputação a Portugal da ocupação de territórios para além dos que, à luz do referido Tratado, lhe seria lícito. A este respeito Portugal limitou-se a afirmar que as ocupações a que procedera não violavam o meridiano de Tordesilhas. De facto, prosseguia-se, a ocupação espanhola das Molucas (Arquipélago das Filipinas) mostrava que a linha do Tratado se situava mais a ocidente do que a posição espanhola afirmava.

⁴⁶ Já com as negociações muito avançadas ainda havia quem, no *establishment* político espanhol entendesse que esse deveria ser a única base para as negociações relativas à delimitação de fronteiras.

Por isso, as ocupações territoriais tinham sido feitas de modo tal que não violavam o Tratado de Tordesilhas⁴⁷. Mais não eram, redarguia-se, que compensações das ocupações feitas no Pacífico por espanhóis em contravenção do Tratado de Tordesilhas e que os haviam levado à ocupação das Filipinas não obstante o Tratado de Saragoça de 22 de Abril de 1529. De facto, se o contra meridiano de Tordesilhas no Pacífico era traçado de forma tal que abrangia as Molucas, a sua consequência no Atlântico era a deslocação para Ocidente do Meridiano de Tordesilhas. Espanha, através do Tratado de Saragoça reconhecia o bem fundado desta observação portuguesa. Não obstante, nunca restituiu as Molucas. A troca de acusações, a este respeito, isto é quem tinha violado o Tratado de Tordesilhas, inviabilizando-o, prosseguiu culminando num desfecho inconclusivo. Por isso, de modo a ultrapassar essa sempre disputada questão, foi decidido em Lisboa, a instâncias prementes do embaixador português em Madrid, Tomás da Silva Telles, preparar um projecto de articulado de um Tratado e enviá-lo a Madrid. Assim, a 21 de Novembro de 1748⁴⁸ era remetida a Madrid uma minuta do articulado proposto. A negociação que culminaria com o Tratado de Madrid de 1750 – tendo como suporte cartográfico o célebre mapa do Brasil designado por *Mapa das Cortes* – finalmente iniciava-se.

Ao redigir o projecto de tratado Alexandre de Gusmão visava dois objectivos. O primeiro consistia na realização do que designarei por *amizade pela realidade geográfica*. Na verdade, ao elaborar o projecto de articulado Gusmão tinha presente o Brasil visto como unidade geográfica. O mito da Ilha-Brasil que tão cedo se formara mostrava que essa ideia não era uma construção geográfica elaborada para finalidades

⁴⁷ JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid* – cit., IV, págs. 822 e segts., passim.

⁴⁸ Data referida por JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid*, cit., IV, pág.861.

justificativas de projectos de expansão territorial. A sua expressão surge ainda, já o dissemos, em pleno século XVI⁴⁹, não nos podendo surpreender que dois séculos mais tarde essa percepção de unidade geográfica e humana, mais se tenha reforçado. Compreende-se, pois que Jaime Cortesão diga a este respeito que a parte essencial do tratado [o Tratado de Madrid de 1750] é a “...revelação dum organismo geográfico e político...”⁵⁰. O segundo objectivo prosseguido era o da intencional e a larga aplicação do princípio do *uti possidetis* que, no plano jurídico ficou a constituir a trave mestra do Tratado de 1750. Erigida a regra do *uti possidetis*, em princípio jurídico do Tratado de Madrid, qualquer outra ideia jurídica directora da delimitação de fronteiras, perdia a respectiva razão de ser. Por tais motivos não nos pode causar grande admiração a circunstância dos negociadores do Tratado de Madrid terem procedido à revogação expressa, tanto do Tratado de Tordesilhas como – mais surpreendentemente, ainda – da *Bula Inter Caetera*⁵¹. A delimitação deste modo passava a ser justificada por princípios de direito privado e processual, erigidos ambos em disposições de direito internacional.

Os territórios que segundo Portugal entendia, deviam ser reconhecidos eram vastos espaços percorridos e colonizados, há muito, pelos bandeirantes. No decurso dessas expedições nunca tinha havido qualquer tipo de oposição de quem quer que fosse, nomeadamente por parte de entidades espanholas – governamentais ou outras relativamente à passagem nessas terras. De resto, tratava-se de áreas que, tinham sido há muito, total e plenamente integrados nas estruturas sócio-económicas das respectivas capitánias do Brasil⁵². De tal forma isto era

⁴⁹ Cfr., supra I.1.

⁵⁰ JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid*, cit., IV, págs.868.

⁵¹ Surpreendentemente sem dúvida pois Portugal não interveio na Bula Intercaetera que nem o cita.

⁵² Em despacho enviado ao embaixador Tomás da Silva Telles, notava Alexandre de

exacto que em 1743, ainda antes do Tratado de 1750, o Papa Bento XIV pela *Bula Candor Lucis*, criava, a pedido de D. João V as Dioceses de S. Paulo e de Minas Gerais e, bem assim, as Prelazias de Goiás e Cuiabá, em qualquer dos casos por divisão da Diocese do Rio de Janeiro, traduzindo um como que *uti possidetis eclesiástico*⁵³. Aceite a transmutação da regra de direito privado para o direito público em sede de usucapião e, bem assim, o papel de equidade – afinal de contas, os *apport* de Serafim de Freitas – já nada impedia que a legitimação jurídica das soluções territoriais constantes do Tratado encontrasse a sua génese nessa figura do direito romano. A colocação das questões atinentes à delimitação fronteiriça em sede de *uti possidetis*, tal como estruturado por Alexandre de Gusmão, será doravante, qualquer quer seja o contexto constitucional que esteja presente, o principal traço que irá dominar a doutrina jurídica brasileira nesta matéria. Tratar-se-á de conferir lugar saliente dado à figura do *uti possidetis* na solução desses contenciosos. Alexandre de Gusmão nas negociações sobre a demarcação das fronteiras luso-espanholas, fizera dessa doutrina um dos pilares da sua construção, porventura mesmo o pilar fundamental. Passado quase século e meio sobre os esforços de Alexandre de Gusmão, em contexto apesar de tudo não muito diferente do vivido pelo ministro de D. João V, igual doutrina será

Gusmão, relativamente à proposta de fazer passar a linha de demarcação na parte setentrional pelo Rio Iguacu que a justificação para isso encontrava-se no facto de, até esse ponto, se terem “...estendido os nossos curraleiros da Curitiba, que ali criam os seus gados; e da mesma sorte ao Salto Grande do Paraná os nossos mineiros e moradores do Paraná-Panema, sem que por aquela partes haja estabelecimento algum de espanhóis em grande distância”, citado segundo a reprodução que dele faz Jaime Cortesão, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid*, cit., IV, pág. 868.

⁵³ A ideia da criação da diocese partiu de Alexandre de Gusmão. Na formulação do pedido interveio o Cardeal da Mota, numa espécie de demonstração da coesão da equipa ministerial do monarca nesta matéria. Jaime Cortesão fala a este respeito de *uti possidetis religioso* ou de *uti possidetis da fé*, cfr. *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid*, cit., III, respectivamente págs. 682 e 685.

retomada, com sucesso, pelo Barão de Rio Branco na arbitragem conhecida na história do direito internacional como o *Caso das Misiones Orientales* (1895)⁵⁴.

IV. O BARÃO DO RIO BRANCO E A ARBITRAGEM DAS *MISIONES ORIENTALES*

11. A questão resolvida nessa arbitragem repousa, no que tem a ver com a matéria de facto, na confusão de nomes, susceptível de ser potenciada por uma cartografia abundante e na qual, apesar dos avanços científicos, a velha questão da demarcação do meridiano de Tordesilhas – na altura sempre irresoluta, sempre objecto de controvérsia – continuara a pesar. Isto, outrossim, pressupõe, matéria de direito convencional pois, para Estanislau Zeballos – o grande defensor da tese argentina – nesse momento, 1895 o Tratado de Tordesilhas estava ainda em vigor. De facto, esta tese é vigorosamente sustentada nas suas alegações apresentadas ao árbitro internacional designado.

Note-se desde já que o estadista brasileiro – porventura apercebendo-se disso – na disputa relativa às fronteiras sul do Brasil com a Argentina, ao afirmar a sua concepção do *uti possidetis*, de certo modo, retomou a concepção, reelaborada por Alexandre de Gusmão, do *uti possidetis* tal como defendida pelo frade mercedário português, situando-se num fio de

⁵⁴

As partes tinham acordado que o árbitro fosse o então Presidente dos USA Stephen Grover Cleveland; Para o texto do Laudo Arbitral, cfr., REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Award for the settlement of the disputes boundary between Argentina and Brazil at Uruguay and Yguazu Rivers de 5 de Fevereiro de 1895, Volume XXVII p.p. 277-282 United Nations, 2007; Embora não seja questão relevante é curioso notar que no sumário da arbitragem se faça referência ao Rio Iguazu que nada tem a ver com o assunto. Sobre esta arbitragem, cfr WALDEMAR HUMMER. Boundary Disputes in Latin America, in: R. Bernhardt (ed), Encyclopedia of International Law, Volume I, (1992), pág. 466 e LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *L'UTI POSSIDETIS et les efectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers*, cit., pág. 219.

continuidade com o seu ilustre antecessor, seu compatriota. A questão suscitada pela Argentina, tinha algo de artificial. De facto, no momento que, imediatamente precede a arbitragem não se vislumbrava a presença de uma qualquer fronteira que pudesse considerar-se como tendo sido violada. A Argentina, talvez por esse motivo afirmava que não se tratava de uma controvérsia territorial, acrescentando que havia sido delimitada por acordo a fronteira agora em disputa em que as questões territoriais haviam sido solucionadas em sentido não muito afastado daquele que considerava adequado. Mas não era assim. O arranjo fronteiriço negociado por Bocaiuva não fora ratificado pelo Congresso brasileiro por os parlamentares entenderem que o quadro geográfico e histórico presente não justificava o arranjo obtido.

A questão era realmente de natureza territorial – tinha em particular a ver com a correcta compreensão do sistema hidrográfico na zona em disputa – como o árbitro designado se apercebeu, algo que bem ressalta da leitura do laudo arbitral. A leitura comparativa da disposição relevante do tratado que instituiu a arbitragem e, em seguida, da passagem fulcral a este respeito, da sentença arbitral ilustra o que acabamos de afirmar. O artigo V do Tratado de 7 de Setembro de 1889 celebrado entre a Argentina e o Brasil e que instituíu a arbitragem entre os dois Estados, na parte que agora importa para o presente estudo, estipula: "As fronteiras serão estabelecidas pelos *rios* que, ou o Brasil ou a Argentina tiverem indicado..." (itálicos nossos). No laudo arbitral, porém, o árbitro descentrou a questão da designação dos rios pelos quais deveria ser desenhada a fronteira, notando – creio que ao arrepio da convenção arbitral – que o que está em causa e que fora chamado a dirimir era a de saber "...qual dos dois *sistemas de rios* constitui a fronteira do Brasil e da República da Argentina na parte dos territórios adjacentes que fica entre o Rio Uruguai e o Rio Iguacu..." (itálicos nossos). De facto, o *tema decidendi*

no litígio entre o Brasil encontrava-se delimitado na convenção arbitral segundo a qual a questão a decidir era a de saber quais *os rios* a que as fontes se referiam. Centrar a questão a arbitrar no apuramento de quais os rios que permitia traçar a fronteira simplificava a questão. Simplificava-a tanto mais quanto, como se verá, o diferendo, em boa medida arrancava de possíveis implicações na comparação de versões do célebre *Mapa das Cortes* a que nos referiremos adiante. Mas, por sua vez, o cabal esclarecimento da situação passava pelo conhecimento da intricada bacia hidrográfica na zona onde importava fazer passar a fronteira. Nesta medida compreende-se que o árbitro se tenha afastado de uma interpretação literal do artigo relevante da convenção de arbitragem e que, em vez de *rio*, falasse antes em *sistema de rios*. À primeira vista, tratava-se de determinar qual o rio que no terreno correspondia ao desenhado no Mapa das Cortes ou ao que se dizia que correspondia. Na realidade, porém, estava em jogo uma questão territorial de contornos muito mais amplos. É o que tentaremos mostrar.

12 – De certa maneira as sementes da questão a que Rio Branco teve de lançar mão, resolvida na arbitragem das *Misiones Orientales*, encontram-se no próprio Tratado de Madrid. Vejamos porque razão. Na minuta de projecto de Tratado enviado a Madrid no Outono de 1748, no respectivo artigo XI propunha-se que a raia passasse pela cabeceira ou fonte principal do Rio Pequiri e continuasse “...pelo mais alto do terreno até à fonte principal do contravertente mais próximo, que desaguasse no Iguazu...”⁵⁵. O negociador espanhol D. José de Carvajal levantou dúvidas sobre a identificação do rio Pequiri por noutras cartas ser designado por Rio Pepiri. Por isso, Alexandre de Gusmão em comunicação enviada ao embaixador Tomás da Silva Telles, notou: “Se houver escrúpulo sobre o nome do rio Pequiri, por

⁵⁵ Jaime Cortesão, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid*, cit., IV, pág. 864.

onde o plano encaminha a fronteira para chegar ao Iguaçu, poderá dizer-se que fique pelo rio, que, desaguando no Uruguai, forme com o curso do mesmo Uruguai a linha mais chegada ao rumo do norte, e que desde as cabeceiras do tal rio se busquem a do mais próximo que desaguar no Iguaçu, e que, por eles se estabeleça o confim”⁵⁶. Satisfeito o pedido do negociador espanhol esta disposição – artigo XI da minuta inicial – foi transposta para a versão final na qual passou a artigo V do texto definitivo, com a seguinte redacção:

Subirá [a fronteira] desde a bocca do Ibicuí pelo alveo do Uruguay, até encontrar o do rio Pepiri, ou Pequirí, que desagua na margem occidental do Uruguay; e continuará pelo alveo do Pepirí acima, até à sua origem principal; desde a qual prosseguirá pelo mais alto do terreno até à cabeceira principal do rio mais vizinho, que desemboque no rio grande de Curitiba, por outro nome chamado Iguaçu. Pelo alveo do dito rio mais vizinho da origem de Pepiri, e depois pelo do Iguaçu, ou Rio grande da Curitiba, continuará a Raya até onde o mesmo Iguaçu desemboca na margem Oriental do Paraná; e desde esta bocca proseguirá pelo alveo do Paraná acima, até onde se lhe ajunta o rio Igurey pela sua margem Occidental⁵⁷.

Revogado o Tratado de Madrid e acordado um novo articulado no tratado que o substituiu – Tratado de Santo Ildefonso (1 de Outubro de 1777) – o preceito foi retomado em nova versão. Esta, constante do artigo VIII do Tratado de Santo

⁵⁶ Jaime Cortesão, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid*, cit., IV, págs. 871 e 872.

⁵⁷ Texto em JOSÉ FERREIRA BORGES DE CASTRO, *Collecção dos Tratados, Convenções, Contratos e Actos Públicos celebrados entre a Corôa de Portugal e as mais potências, desde 1640 até ao presente*, Tomo III, Lisboa, Imprensa Nacional, 1856, pág. 22.

Ildefonso – que corresponde ao artigo V do Tratado de Madrid – mantém a substância da doutrina anterior que, contudo, melhoram e precisam. O seu teor é o seguinte

Ficando já assinalados os domínios de ambas as Corôas até à entrada do rio Pepiri, ou Pequirí-guaçu no Uruguay convieram os dois altos Contratantes que a linha divisória seguirá aguas acima do dito Pepiri-guaçu até à sua origem principal; e desde esta pelo mais alto do terreno, debaixo das regras dadas no Artigo VI, continuará a encontrar as correntes do Rio Santo António, que desemboca no grande de Curitiba, por outro nome chamado Iguaçu, seguindo este aguas abaixo até à sua entrada no Paraná pela sua margem oriental, e continuando então aguas acima do mesmo Paraná até onde se lhe ajunta o rio Iguerey pela sua margem occidental⁵⁸.

A nova redacção, como acima se disse, em nada afecta o ponto aqui decisivo, fazer a delimitação passar pelo curso do Rio Pepiri até encontrar o Rio Iguaçu. Cremos até que afasta quaisquer eventuais confusões do Rio Pepiri com qualquer outro curso de água cuja designação, quer por ser idêntica quer por muita semelhança com a desse rio, possibilitasse a conclusão de que o Rio Pepiri indicado nesse artigo não tinha o seu curso nos lugares assinalados nos artigos transcritos seja da versão do Tratado de 1750 seja na do Tratado de Santo Ildefonso de 1777. De facto, dizendo-se em 1755 que a raia passava pelo “...alveo do dito rio mais vizinho...”, em 1777, mencionam-se “...as correntes do Rio Santo António...”, designando-se assim o curso de água em causa.

Estas precauções, porém, vieram a mostrar-se insuficientes. Apesar do cuidado posto na indicação de que a

⁵⁸

Cfr, JOSÉ FERREIRA BORGES DE CASTRO, *Collecção...*, cit., págs. 240 e 242.

fronteira passaria pelo rio Pepiri, o facto de neste ponto o preceito ter seguido as sugestões do negociador espanhol e a forma analítica como fora descrita a fronteira, designadamente em 1777, tudo soçobrou perante a dúvida suscitada pela própria localização do Rio Pepiri. Segundo a parte argentina, o curso de água designado por Rio Pepiri pelo qual corria a fronteira brasileira-argentina, situava-se mais a oriente do que entendia o Brasil e não no local em que o situava. Questiona-se, pois qual o rio a que pretendia aludir o *Mapa das Cortes* e mais tarde o Tratado de Santo Ildefonso ao dizer-se que a fronteira passava pelo Rio Pepiri. Eis, pois, o caso *Misiones Orientales*.

13 – A questão ganhara mais acuidade, após a descoberta na Biblioteca do *Quai d'Orsay* de um exemplar do *Mapa das Cortes* em que o rio Pepiri se encontrava deslocado para Oriente. Sendo assim, estando a fronteira delimitada pelo dito Pepiri, haveria de concluir – dizia-se nesta perspectiva do assunto – que a fronteira argentina-brasileira, passava em ponto muito mais a oriente do que se supunha. Com mais acuidade, consoante acima escrevi, pois já em 1789 o problema fora suscitado. De facto, o Mapa das Cortes referia o Pepiri como um afluente da margem direita do Rio Uruguai acrescentando que a linha de demarcação seguiria pelo leito do Rio Pepiri acima em direcção norte até alcançar o Iguaçu. O Tratado de Santo Ildefonso completara esta descrição, acrescentando – viu-se – que se seguiria o curso do Pepiri até encontrar as nascentes do Rio Santo António descendo-se, em seguida este último até ao ponto em que desagua no Rio Iguaçu. Ora, ao demarcar-se no terreno o Rio Pepiri entendeu-se, tese argentina, situar-se o Pepiri mais a oriente, considerando-se que o mesmo tinha a ver com o Rio Uruguai Pitã, também mais a oriente. Na verdade, o curso de água a que estava ser dado o nome de Pepiri era o rio Chapecó. Quanto ao Santo António tratar-se-ia na concepção argentina do Rio Chopim. A identificação correcta e, bem assim, a prova da exactidão da

tese brasileira, resultava do facto de no Tratado de 1750 o respectivo artigo V colocar abaixo das quedas de água (o Salto Grande) o Rio Pepiri, como aliás, sucedia nos mapas da época elaborados pelos jesuítas. Mas não era só isso o que inviabilizava a tese argentina.

Nas alegações⁵⁹ apresentadas no âmbito da arbitragem, Rio Branco – ao analisar o artigo V do Tratado de Madrid de 1750 – teve ocasião de alinhar uma série de considerações históricas nas quais faz a história completa das vicissitudes do chamado Mapa das Cortes e respectivas cópias. Após essas considerações a importância do exemplar existente na Biblioteca francesa ficava algo relativizada. Sem embargo da enorme importância dessa passagem das alegações, no contexto geral da peça forense do jurista brasileiro, deter-nos-emos um pouco nas de natureza histórica geral que, de certo modo, complementam a história dos eventos que rodearam a utilização desses documentos cartográficos e cujo interesse não é menor numa perspectiva jurídica. Na mesma, Rio Branco chama atenção para o facto de, em troca da cedência por parte de Portugal da Colónia de Sacramento, Espanha ter cedido (artigo XVI) “...estabelecimentos que possam ter sido fundados por Espanha na zona territorial situada entre a margem norte do Rio Ubicui e margem oriental do Uruguai e, bem assim, as que podem ter sido fundadas na margem oriental do Rio Pepiri”⁶⁰. Sendo assim, não teria sentido fazer passar a linha de fronteira por um ponto no qual estes preceitos fossem inaplicáveis. Observava ainda Rio Branco que no local em que o Brasil considerava que a fronteira deveria passar, havia sinais de ocupação de paulistas e que, ao contrário, não havia quaisquer traços de ocupação, sequer temporária, de espanhóis

⁵⁹ “The Statement”, cit., supra nota 6, págs. 41 e sets., passim. Na biografia sobre Rio Branco, *A Vida do Barão do Rio Branco*, LUÍS VIANA FILHO, Lello & Irmão – Editores, Porto, 1963, ocupa-se, também deste aspecto, cfr. págs. 192, 193, 201 e 202.

⁶⁰ The Statement, cit., pág. 38.

ou de missionários dessa nacionalidade. Em momento anterior da sua alegação o diplomata brasileiro afirmara que era princípio base do Tratado de Madrid a regra do *uti possidetis*. Escrevia Rio Branco: “Nas conferências que precederam a assinatura do Tratado [de Madrid] foi decidido que se devia renunciar á fixação de linhas imaginárias, que as fronteiras deviam ser determinadas pelos mais importantes e mais conhecidos rios e montanhas e que cada uma das partes contraentes *devia ficar na posse do que possuía naquela data...*”⁶¹. Quer isto dizer que, além dos argumentos de ordem geográfica que aí desenvolvia, o advogado brasileiro recordava que tais territórios, nunca disputados ao Brasil deviam, segundo o Tratado de Madrid, ser aceites como adquiridos através da regra *uti possidetis*. Compreende-se assim que na disputa o árbitro tenha optado pelo *sistema ocidental* solução explicável quer por razões de ordem geográfica quer da regra *utis possidetis*. Este último – consagrado no Tratado de Madrid – era agora invocado para solução de uma dificuldade hermenêutica que, segundo alguns, o referido tratado suscitava. Mas, cremos ainda, o laudo arbitral, dada a sua redacção, aceita o efeito normativo, pelo menos no quadro do contencioso brasileiro-argentino, do dito princípio. De facto, o mesmo cita os trabalhos de demarcação realizados no terreno em 1759, em execução do Tratado de 1750, pelos comissários espanhóis e portugueses, dizendo que os rios a ter em conta são os que haviam sido reconhecidos por esses comissários.

O artigo I da Convenção arbitral fixava o seu objecto em torno de saber se, na delimitação da fronteira deviam ser tidos em conta os rios Santo António/Iguaçu (tese brasileira) ou, antes, os rios Chapecó ou Jangada (tese argentina). Não obstante o árbitro não se pronunciou sobre o objecto do litígio tal com as partes o tinham identificado, a verdade é que, respondeu afirmativamente na essa questão. De facto após

⁶¹ The Statement, cit., pág. 24.

caracterizar os rios indicados como o sistema ocidental (the Westerly System) dá como fundamentação o facto de terem sido esses os cursos de água que foram “...reconhecidos, designados, marcados e declarados como o Pepiri e o Santo António respectivamente e como os rios de fronteira em 1759 e 1760 pelos comissários espanhóis e portugueses...”⁶². O árbitro internacional remetia assim, para o Tratado de Madrid de 1750 qual erigira o *uti possidetis* em regra decisora. Cleveland não ignorava que o Tratado de Madrid, à data da arbitragem estava revogado no que Rio Branco e Zeballos concordavam. Assim, ao referir-se a esse tratado e, bem assim, aos trabalhos de demarcação no terreno, o que pretendia mostrar era o valor normativo que, com o acordo de espanhóis e portugueses, dera à regra *uti possidetis*. Quanto a Zeballos, ao mesmo tempo que desvalorizava as demarcações no terreno, dava pleno relevo ao Tratado de Tordesilhas que, insistia, estava em vigor. Ora, não há *uma só alusão* a Tordesilhas no Laudo arbitral.

14 – No Tratado de Madrid de 1750 – já o dissemos – fixaram-se as fronteiras do Brasil. O objectivo confessado e assumido de Alexandre de Gusmão era o de colocar em primeiro lugar como critério de delimitação o respeito pelos limites naturais. Durante a negociação apercebeu-se, porém, da impossibilidade de realizar esse desiderato. Certas cedências, caso da Colónia do Sacramento, foram dolorosas⁶³, Mas em qualquer caso, mesmo no Tratado de Santo Ildefonso, permaneceu como indiscutível a afirmação do *uti possidetis*, tal como visto pela parte brasileira. Aliás, o mandato conferido ao árbitro na convenção arbitral de 7 de Setembro de 1889 já

⁶² “...these rivers may be further described as those recognized, designated, marked and declared as the Pepiri and San Antonio, respectively, and as the boundary rivers, in the years 1759 and 1760, by the Spanish and Portuguese Commissioners...”
Laudo arbitral, cit., pág. 281.

⁶³ Embora fundada há menos de um século – em 1680 – lograra edificar uma vida económica própria que nada devia à de Buenos Aires quase em frente de si. Talvez por isso, não se integrando na vida da Argentina, acabou por se encontrar na génese da moderna nação do Uruguai.

apontava que essa fosse a questão por excelência a dilucidar apesar da possibilidade de ver alguma indefinição relativa ao objecto da arbitragem, tal como individualizado na convenção arbitral celebrada entre os dois Estados.

O artigo I fala no “Dissídio sobre o direito que cada uma das altas partes contratantes julga ter ao *território em disputa* entre elas...”. O artigo V alude, contudo, ao fenómeno fronteira dispondo que, “As fronteiras devem ser estabelecidas pelos *rios* que ou o Brasil ou a Argentina designarem...”. Perante esta redacção, o árbitro decisor podia colocar no centro do Laudo arbitral que viesse a proferir tanto uma decisão sobre territórios como uma sentença relativa a fronteiras. Na verdade, sempre respeitaria, em qualquer dos casos, o dever de como árbitro, ter em conta o objecto da arbitragem, tal como fixado pelas partes pois são esses os limites dos seus poderes decisórios. Em todo o caso, que ao centrar o seu interesse na questão territorial e ao julgar em função dessa faceta do problema, o árbitro, não esqueceu a dimensão *fronteira*, não obstante esta faceta do problema só aparecer no artigo V, já depois de definido o litígio como de “direitos sobre um território”, de certo modo subalternizando, mesmo que só formalmente, essa dimensão do laudo arbitral. Na realidade, o árbitro notou que o território que resultava da sua sentença era o que estava compreendido entre dois rios aceites nos tratados celebrados pelas potências colonizadoras, designadamente no Tratado de Madrid de 1750⁶⁴ o que, a nosso ver, afinal de

⁶⁴ Luís Viana Filho narra-nos as vicissitudes ocorridas durante a arbitragem das *Misiones Orientales*. No seu decurso nunca as partes esqueceram que na arbitragem estava em jogo a jurisdição sobre dado território. O advogado argentino Estanislau Zaballo fizera mesmo imprimir um mapa no qual se via a área disputada. Esse mapa, de resto, encontra-se logo nas páginas iniciais das respectivas alegações. Em contraste, o advogado brasileiro Barão de Rio Branco atribuía superlativa importância à determinação dos cursos, respectivamente, dos rios Peperi e Uruguai-Pitã. Rio Branco viu a sua tese ser acolhida. A arbitragem *Misiones Orientales* foi pois uma verdadeira arbitragem sobre fronteiras, mesmo que a sua repercussão sobre territórios fosse inevitável; cfr. a este respeito, VIANA FILHO, A vida do Barão do

contas, permite concluir que a cisão entre efectividades territoriais e o princípio *uti possidetis iuris* não é possível.

O caso das *Misiones Orientales*, no seu núcleo central, gira em torno do curso do Rio Pepiri, dimensão que já surgira no decurso da negociação entre Alexandre de Gusmão e D. José Carvajal Y Lancaster o que mostra a bem evidente presença da dimensão fronteira⁶⁵. Na realidade, sob o pretexto de dar nomes a rios, podemos encontrar a pretensão de defender ou de traçar uma fronteira, sendo desse modo difícil não encontrar propósitos – inconscientes? – de ocupação territorial. Além disso, a defesa de uma fronteira, não poucas vezes, *nolens volens*, não é senão a defesa de um território, *rectius*, da legitimidade dos títulos da respectiva apropriação ou tentativa disso. A controvérsia entre Grotius e Frei Serafim de Freitas, séculos antes, já o mostrara.

V. UTI POSSIDETIS: UMA EVOLUÇÃO JURÍDICA

15. Assim, ainda a respeito do *interdito* uti possidetis, transformado, posteriormente, no *princípio* do uti possidetis e, por efeito de uma polémica jurídica, no século XVII, transferido do campo do direito privado para a esfera do direito

Rio Branco, Lello & Irmão Editores, Porto, 1983, págs. 212 e segts., passim. De facto, ao longo dessa arbitragem nunca esteve em causa saber se o Tratado de Madrid de 1750 estava em vigor pois todos os negociadores, quer argentinos quer brasileiros, sabiam que não estava. A invocação dos limites do Tratado de 1750 retirava o seu relevo do facto de, ao traçar-se a fronteira entre o Brasil e a Argentina, tinha-se tido em conta os cursos Rios Peperi e Uruguai-Pitã. Cfr, noutro sentido com dados factuais a carecerem de revisão, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *L'UTI POSSIDETIS et les efectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers*, cit., pág. 219, nota 176.

⁶⁵ Nota JAIME CORTESÃO: "O Barão de Rio Branco, por motivo da questão com a Argentina sobre a posse do território de Palmas [caso das *Missiones Orientales*], ocupou-se largamente desse problema, já que entre as cópias portuguesa e as espanholas existiam divergências para a *identificação do rio Pequiri ou Pepiri do Tratado de Madrid, em volta do qual girava a questão*" (itálicos nossos), JAIME CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid - III*, cit., 1984, pág. 961.

público, algo mais deverá dizer-se em conclusão. Com efeito, o afastamento, relativamente às ideias de Grotius, por parte de Frei Serafim de Freitas, acabou por permitir converter o mercedário português num precursor de uma visão da figura cujos efeitos, mesmo que só mais tarde e em tempos mais próximos dos nossos, tivessem frutificado plenamente. Ao que pensamos, nessa concepção Frei Serafim de Freitas, sem dúvida, não poderá ser esquecido porque se recusou, pertinazmente, a arrumar o *uti possidetis* como um interdito que tão só ao direito privado importava. Jurista e diplomata, Alexandre de Gusmão recorreu à citada figura enquanto meio de conformar à realidade geográfica a realidade jurídica e de superar os obstáculos criados pelo Tratado de Tordesilhas, quanto à delimitação da fronteira luso-espanhola na América do Sul. Ao Barão do Rio Branco, a partir da obra do compatriota, coube-lhe reafirmar a perenidade dessa intuição e mostrar, de vez, ser o Tratado de Tordesilhas um documento (bem) do passado. Fê-lo de tal modo que, mesmo mais tarde, acabou por ser determinante no modo como foi delimitada a fronteira do Brasil com a Argentina no desfecho da arbitragem *Misiones Orientales*, como o laudo do Presidente Cleveland mostra.

Creio ainda que o facho erguido, quer por Gusmão quer por Rio Branco, que iluminou os seus percursos de diplomatas e juristas, fora aceso pelo seu ilustre antecessor – deles quase seguramente desconhecido – a respeito do Índico, *o mais misterioso dos Oceanos todos*, nos versos de Fernando Pessoa. Estes os factos que geraram em vários âmbitos a doutrina jurídica brasileira em sede de *uti possidetis* na qual se salienta a coerência e a persistência de afirmação. Tendo o ponto de partida no século XVII (1625), cerca de um século depois será aplicada com êxito pelo ministro de D. João V (1750) e um século mais tarde, num quadro político próximo do de Alexandre de Gusmão, retomada pelo Barão de Rio Branco

(1895) agora num Brasil independente, confiante e seguro de si.

