

## O caso «Rush» e as potencialidades do direito internacional

BERNARDO RIBEIRO DA CUNHA\*

Portugal, membro de pleno direito das Comunidades Europeias desde 1986, foi confrontado, no decurso do presente ano, com um acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias envolvendo directamente uma empresa portuguesa. O Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre uma questão em que se entrecruzavam a liberdade de circulação de trabalhadores - submetida pelo tratado de adesão de Portugal e Espanha a período transitório até 1993 - e a liberdade de prestação de serviços, que entrou em vigor sem restrições imediatamente após a adesão. Esta diferença de tratamento relativamente à entrada em vigor de ambas as liberdades parecia pôr em causa a possibilidade de uma empresa originária de um dos novos estados membros poder deslocar os seus próprios trabalhadores para prestar um serviço nos restantes países da Comunidade. Até que ponto uma restrição à circulação de trabalhadores pode constituir obstáculo à livre prestação de serviço era o cerne da questão sobre a qual o Tribunal do Luxemburgo foi chamado a pronunciar-se. Recorde-se que estas duas liberdades, juntamente com as de circulação de capitais e mercadorias, formam a estrutura fundamental do Mercado Comum. O caso Rush reveste-se deste modo de importância para a delimitação conceitual entre duas liberdades que constituíram pedra de toque da construção comunitária.

Este processo foi apreciado pelo Tribunal de Justiça no exercício das vastas competências que lhe foram atribuídas pelo Tratado de Roma e que permitem inclusivamente, embora de forma indirecta, o recurso judicial de particulares contra medidas tomadas pelos estados membros. Este recurso pode processar-se segundo duas vias: através dos juizes nacionais, que têm a possibilidade de suspender o processo onde se levante uma questão de Direito Comunitário e pedir ao Tribunal das Comunidades que decida em definitivo sobre ela ou

---

\* Jurista.

por intermédio de uma queixa à Comissão. Esta, por sua vez, pode interpôr uma acção contra os estados membros por incumprimento de obrigações que lhes incumbem por força dos Tratados. Numa segunda via, as empresas e os particulares têm também a possibilidade de recorrer directamente para o Tribunal relativamente às decisões comunitárias de que sejam destinatários ou que os afectem directa e individualmente.

As competências do Tribunal de Justiça, revelam a importância do recurso ao Direito na resolução de litígios internacionais. Os fundadores da CEE aperceberam-se claramente da necessidade de se criarem canais próprios para a resolução dos problemas surgidos entre os particulares e empresas de diferentes Estados membros a fim de evitar que estes litígios pudessem ser assumidos pelos governos deteriorando o relacionamento mútuo dentro da Comunidade e pondo, eventualmente, em risco a sua continuidade. Esta percepção há muito que era sentida pois ao longo do séc. XIX os constantes litígios envolvendo Estados provaram a ineficácia do ordenamento jurídico internacional vigente. Eram essencialmente as pequenas potências as que mais se ressentiam pela ausência de instrumentos adequados para fazer valer o Direito. Este parecia ser o melhor aliado na resolução de conflitos com grandes potências evitando rupturas necessariamente prejudiciais. Portugal teve de enfrentar por várias vezes conflitos sérios com uma nação aliada na Europa: estavam em causa direitos territoriais em África e houve que lançar mão dos limitados recursos jurídicos existentes. Com efeito as condições jurídicas em que se baseava o relacionamento entre os Estados europeus eram totalmente diversas das actuais:

Por um lado os países que quisessem recorrer-se da via jurídica para solucionar os litígios tinham de criar formas de pressão, compatíveis com o seu peso relativo, por forma a conduzirem a contraparte a aceitar este princípio.

Por outro lado, para além de ser impensável a possibilidade de particulares pôrem em causa a actuação dos Estados, não existiam disposições como as do Tratado de Roma que permitem aos Estados membros submeter à Comissão qualquer questão relativa à violação do Direito Comunitário por parte de outro Estado ou mesmo instaurar uma acção de incumprimento contra este. Este tipo de recurso, se estivesse ao alcance de Portugal no século passado, poderia ter sido utilizado para resolver litígios surgidos com a Inglaterra evitando a deterioração do relacionamento bilateral que levou, em 1890, ao «Ultimatum». No entanto a solução encontrada permitiu adiar em cerca de meio século o confronto. Este intervalo de tempo serviu para fortalecer a presença portuguesa no continente africano. Acresce que, em meados do séc. XIX, a conjuntura política internacional era extremamente difícil para o nosso país. A Espanha encontrava-se novamente com intenções hegemónicas

relativamente à totalidade do espaço peninsular e a Inglaterra, a maior potência europeia do tempo, tinha pretensões sobre áreas marítimas tradicionalmente portuguesas. Se Portugal entrasse em confronto aberto com a Inglaterra perderia o seu mais importante apoio na Europa, conferindo viabilidade às movimentações iberistas.

Portugal, como pequena potência que era, encontrou no recurso à arbitragem o meio mais adequado à defesa dos seus interesses. O artigo 37.º da Convenção da Haia de 18 de Outubro de 1907 definiu-se como o meio jurídico que tem «... por objecto a resolução dos litígios entre os Estados por juízes da sua escolha e com base no respeito do Direito». Esta característica permite diferenciá-la dos tribunais internacionais onde os juízes não são escolhidos pelas partes.

A análise do caso «Rush», no qual Portugal interveio defendendo a aplicação concreta de um princípio comunitário e o estudo de três casos de arbitragem onde foram salvaguardados direitos territoriais, permite retirar algumas ilações sobre a importância do Direito na cena política internacional, particularmente úteis na medida em que nos inserimos hoje numa Comunidade onde este se encontra institucionalizado em moldes antes desconhecidos na Europa.

### **O caso «Rush»**

Este processo desenvolveu-se entre o «Office National d'Immigration», entidade com o poder exclusivo no recrutamento em França de trabalhadores oriundos de países terceiros, e a empresa de construção e obras públicas Rush Portuguesa. Esta fez vir de Portugal os seus trabalhadores assalariados a fim de executar um contrato de prestação de serviços relacionado com a construção da via férrea do Oeste da França.

Alegando que a sociedade portuguesa não se conformara às posições do «Code du Travail» que lhe conferiam o monopólio da contratação de trabalhadores estrangeiros, o «Office National» notificou a Rush para o pagamento de uma contribuição especial, ocasionada pelo emprego de trabalhadores em violação das disposições legais. Esta interpôs recurso para o Tribunal Administrativo de Versailles, argumentando beneficiar da liberdade de prestação de serviços prevista nos art.ºs 59.º e seguintes do Tratado de Roma. Estas disposições permitir-lhe-iam fazer deslocar para os restantes países da CEE, sem a imposição de quaisquer entraves, os seus trabalhadores, de forma a poder realizar a prestação. O organismo de imigração francês sustentou que a livre prestação de serviços não se estendia aos assalariados. Estes encontrar-se-iam antes submetidos ao regime da

liberdade de circulação de trabalhadores, sujeita às disposições do tratado de adesão de Portugal às Comunidades Europeias, que prorrogam para 1993 a sua entrada em vigor relativamente à França (art.º 215.º e seg. do acto de adesão).

O Tribunal de Versailles, considerando estar em causa um problema de interpretação do direito comunitário, suspendeu o processo e reenviou a questão, a título prejudicial, ao Tribunal do Luxemburgo. A questão submetida pelo juiz francês ao Tribunal da CEE dizia respeito à possibilidade da França poder impôr à empresa, à luz do direito comunitário, determinadas condições, nomeadamente: contratação de pessoal no local da prestação; obtenção de autorizações de trabalho para os seus assalariados; pagamento de taxas a um organismo de imigração.

Nos termos do regulamento de processo do Tribunal, para além das conclusões propostas pelo advogado-geral, os estados membros, assim como a Comissão e o Conselho, podem apresentar observações, propondo soluções para o litígio. No caso Rush apresentaram observações a França, a Comissão e Portugal. A orientação que tomaram estas peças processuais, pela convergência que algumas revelam em contraste com a posição portuguesa e a própria sentença do Tribunal, merece uma análise detalhada.

A França defendeu a necessidade de se distinguir entre a qualificação da actividade da empresa e o estatuto dos empregados. Embora a empresa devesse beneficiar das liberdades comunitárias, o acesso dos seus assalariados deveria ser restringido sob pena de se esvaziar de conteúdo as disposições transitórias do acto de adesão. Haveria que distinguir entre os trabalhadores que poderiam beneficiar do estatuto de prestatários de serviço e os que deveriam continuar sujeitos às disposições transitórias. Para o governo francês, apenas o pessoal de confiança - entendido como as pessoas investidas no papel de dirigentes da sociedade e susceptíveis de vinculá-la face a terceiros - poderiam ser qualificados de prestatários de serviços a trabalhar em França sem restrições. O restante pessoal poderia ser submetido a condições relativas a .contratação no local, autorizações de trabalho e pagamento de contribuições a organismos de imigração. Esta orientação era extremamente restritiva, permitindo à empresa levar consigo apenas um ou dois assalariados. Reflectia o receio de ver o mercado de trabalho francês invadido por assalariados portugueses que contornariam as disposições da circulação de trabalhadores através do recurso à livre prestação de serviços.

A Comissão partilhou também da necessidade de delimitar o pessoal prestatário de serviços dos trabalhadores assalariados. O critério que defendeu foi considerar incluído na primeira

categoria, tal como a França, o pessoal de confiança da empresa, definindo-o como os responsáveis da empresa exercendo funções de direcção e controlo. Verificando-se porém que frequentemente este pessoal não dispõe de qualificações técnicas para a construção de obras públicas, seria imprescindível para a realização da prestação de serviços que algum pessoal especializado acompanhasse os responsáveis da empresa. Esta noção de pessoal especializado, segundo a Comissão, «não deve ser demasiado extensiva», aplicando-se apenas ao chefe de trabalhos, chefe de equipa ou condutores de máquinas particularmente complexas. Esta orientação revelou uma rigidez inesperada, na medida em que a Comissão tem vindo a manifestar interesse na eliminação dos obstáculos à livre prestação de serviços, precisamente no sector das empreitadas de obras públicas.

O advogado-geral, figura aceite no ordenamento jurídico comunitário por influência francesa, partilhou também da necessidade de distinguir os trabalhadores assalariados dos prestatários de um serviço. Apenas estes últimos, definidos como o pessoal dirigente, com relações particulares de confiança ou com qualificações especiais, essenciais para se poder efectuar a prestação, poderiam beneficiar da possibilidade de trabalhar livremente em França. A categoria do pessoal com qualificações especiais deveria porém ser sujeita a duas restrições: não existirem no mercado de trabalho do estado membro onde é realizada a prestação trabalhadores com essas qualificações e a sua presença ser necessária para o exercício eficaz da actividade da empresa. A posição do advogado-geral apresentou-se mais restritiva que a da Comissão, ao sujeitar o pessoal com qualificações especiais a uma condição relacionada com o mercado de trabalho do estado de acolhimento. Enquanto a Comissão restringe o acesso a esta categoria em função das qualificações e tarefas destes trabalhadores, o advogado-geral submete-os a condicionamentos totalmente alheios à prestação de serviços.

As observações portuguesas obedeceram a uma linha de argumentação diversa. Partindo de uma distinção entre a livre prestação de serviços e a liberdade de circulação de trabalhadores, tal como definidas no próprio direito comunitário, defenderam que, na prática, essas qualificações podiam interpenetrar-se mutuamente. A noção comunitária de trabalhador assalariado abrange qualquer decisão de um estado membro que realize, durante um certo tempo, prestações de trabalho a favor de outra pessoa sob a direcção desta, recebendo em contrapartida uma remuneração. Os serviços, que compreendem as actividades de natureza industrial, comercial, artesanal e das profissões liberais, são identificados pelo art. 60.º do Tratado de Roma com as prestações fornecidas por um estabelecimento situado num estado membro a um beneficiário residente num outro país

da CEE, desde que tais prestações não sejam reguladas por outras disposições do Tratado. Este não acolhe, portanto, a noção tradicional de serviços como sinónimo do sector terciário. A autonomia entre os dois conceitos não impediria a possibilidade de, na prática, se verificar uma intersecção entre as duas modalidades. O próprio Direito Comunitário possibilita expressamente a deslocação de trabalhadores no quadro de uma prestação de serviços. Estes trabalhadores, segundo a directiva 68/360/CEE, quando empregados por conta de um prestador de serviços, beneficiam da livre circulação dentro da Comunidade. Com estes pressupostos foi defendido, com base no princípio da igualdade de tratamento - segundo o qual o prestatário deve poder exercer a sua actividade nas mesmas condições previstas no país de acolhimento para os seus próprios nacionais - que as empresas portuguesas não podem ser sujeitas a restrições quanto ao pessoal assalariado que se encontre funcionalmente ligado à prestação e regresse ao país de origem após o cumprimento da sua missão. Os agentes portugueses acrescentaram ainda um argumento relativo ao fundamento do período transitório consignado no Acto de Adesão para a livre circulação de trabalhadores. A disposição transitória que prorroga para 1993 (relativamente à França) a entrada em vigor desta liberdade explicar-se-ia pelo desejo de evitar um excedente de mão-de-obra em determinados estados membros que tradicionalmente atraem fluxos migratórios de Espanha e Portugal. A realização de uma prestação de serviços, com o consequente acesso de mão-de-obra temporária, não poderia constituir um factor de perturbação para esses mercados.

O Acórdão do Tribunal, pronunciado a 27 de Março de 1990, refere, de acordo com o artigo 59.º do Tratado de Roma, que o prestatário deve poder exercer a sua actividade nas mesmas condições que o país de acolhimento impõe aos seus próprios nacionais. Relativamente às disposições do acto de adesão que restringem o acesso de trabalhadores, os juízes comunitários constatarem que a sua finalidade consiste em evitar perturbações no mercado de emprego, tanto em Portugal como nos restantes estados membros, pelo que a derrogação em causa deverá ser interpretada em função dessa finalidade. Uma vez que os trabalhadores voltam para o país de origem após o cumprimento da sua missão, sem aceder em nenhum momento ao mercado de trabalho do estado membro de acolhimento, as disposições dos actos de adesão não lhes são aplicáveis. O Tribunal considerou deste modo, na resposta dada ao juiz nacional, que uma empresa portuguesa do sector da construção e obras públicas pode deslocar para os restantes estados membros o seu pessoal assalariado, necessário para o exercício da prestação de serviços durante o período da sua realização. O Acórdão precisa o alcance destas disposições. Por um lado, estas conclusões

não se impõem a todos os casos de prestação de serviços, nomeadamente às empresas de colocação de mão-de-obra que, se bem que prestatárias de um serviço no sentido do Tratado, têm precisamente em vista fazer aceder trabalhadores ao mercado de trabalho do estado de acolhimento. Esta medida justifica-se pelas normas transitórias do acto de adesão que ficariam sem sentido, na prática, se tal não sucedesse.

Por outro lado o Direito Comunitário permite aos estados membros estender a aplicação da sua legislação laboral, incluindo as convenções colectivas de trabalho, a todas as pessoas que efectuem um trabalho assalariado, mesmo temporário, sobre o seu território, qualquer que seja o país de estabelecimento da entidade patronal. Com efeito o próprio princípio da igualdade previsto no art. o 60.º do Tratado de Roma refere que o prestador de serviços pode exercer a sua actividade noutros países da CEE «nas mesmas condições que esse Estado impõe aos seus próprios nacionais».

A sentença de Tribunal de Justiça, ao aceitar as teses defendidas por Portugal, consagrou a solução mais favorável às empresas nacionais que o Direito Comunitário poderia permitir. Com efeito, se o Tribunal se tivesse pronunciado no sentido das soluções restritivas preconizadas pela Comissão, pela França ou advogado-geral, para além da possibilidade dos restantes estados membros onde se realiza a prestação estenderem aos trabalhadores a aplicação da sua própria legislação laboral, as empresas portuguesas apenas poderiam deslocar sem restrições um número muito limitado de trabalhadores.

Este caso traz-nos à memória outras situações litigiosas ocorridas com uma nação aliada da Europa em que a inexistência de um sistema paralelo ao instituído pelas Comunidades quanto à resolução de conflitos levou ao arrastamento de antagonismos durante dezenas de anos, com a conseqüente deterioração progressiva do relacionamento bilateral.

### **Três casos de arbitragem entre Portugal e Inglaterra**

Importa dar uma pequena ideia do poder relativo das duas nações à época em que se desenrolaram os acontecimentos. A Grã-Bretanha vitoriana tinha indiscutivelmente a hegemonia marítima, dispondo de um poder espantoso de intervenção em todas as áreas geográficas de interesse relevante. Na primeira metade do século, a Inglaterra, consciente da importância da costa africana na segurança da rota da Índia, tentara assegurar-se dos principais pontos estratégicos. No entanto, estes pontos encontravam-se na posse de Portugal, a mais antiga potência europeia presente na África Equatorial. Esta situação

conflituosa reflecte-se nos dois primeiros casos, as arbitragens de Bolama e Lourenço Marques (ou Delagoa Bay, como lhe chamavam os ingleses).

Já na segunda metade do séc. XIX, surge e acentua-se o interesse, não pela costa de África, como foi a característica tendencial da primeira metade do século, mas pelo seu interior. A África adquire, depois do seu importante papel no apoio das rotas comerciais, novas potencialidades no fornecimento de materiais raros de elevado valor comercial para as ricas sociedades europeias: em 1840 Livingstone começa a sua carreira de explorador em África, em 1867 descobrem-se os diamantes na África do Sul. Daí em diante, com os desenvolvimentos tecnológicos que ocorreram na Europa, acentuou-se inexoravelmente o interesse pelo interior assim como o desenvolvimento das suas capacidades de exploração. Ao nível das relações luso-inglesas, a situação existente em África apresentava-se sob a forma de um confronto entre uma pequena potência, com fortes interesses provenientes essencialmente de uma instalação ligada a antigas formas de exploração, e uma superpotência que via a África dentro de novas perspectivas económicas e tecnológicas, despertadas pela intensificação extraordinária do desenvolvimento industrial. Uma das consequências deste facto foi a arbitragem do Barotse, relativa à delimitação de parte da fronteira sueste de Angola.

Refira-se ainda que os diplomatas e políticos portugueses da altura apercebiam-se das limitações intrínsecas derivadas do recurso ao Direito devido principalmente à falta de capacidade para o aplicar. No entanto, a situação internacional estava em mudança e Portugal, ao recorrer à arbitragem, estava consciente de que, pela primeira vez em vários decénios, não se encontrava só face à Inglaterra. As restantes potências continentais, em consequência da alteração dos esquemas de hegemonia, decorrentes fundamentalmente da derrota da França em 1870, começavam também a interessar-se por África.

Para completar esta análise sucinta dos condicionalismos internacionais a que obedeceu o recurso português à arbitragem em meados do séc. XIX importa referir também que, ao nível do relacionamento europeu «stricto-sensu», se mantinha e era considerada necessária a aliança inglesa. Com a Europa absorvida no equilíbrio mediterrânico e voltada para as potencialidades da unificação italiana e as perspectivas da unificação alemã, desenvolveram-se, a partir de 1852, projectos de união real entre Portugal e a Espanha. Os políticos do Partido Progressista Espanhol tentaram o casamento de D. Pedro V com a princesa Isabel, herdeira do trono de Espanha, de modo a estabelecer a união política das duas monarquias peninsulares. Com o eventual rompimento da aliança luso-inglesa, Portugal ficaria isolado do resto da Europa conferindo viabilidade às intenções iberistas.

### A arbitragem de Bolama

Bolama, ilha hoje pertencente à Guiné-Bissau, encontra-se situada no estuário de um rio, ao tempo apelidado de Rio Grande de Bolola. Tratava-se de uma área tradicionalmente portuguesa, de grande importância estratégico-militar para a rota da Índia assim como relevante ponto de apoio no comércio com o Brasil e compra de produtos africanos. Os ingleses tentaram em 1753 fixar aí uma feitoria, promovida por uma instituição particular através de uma subscrição pública. No entanto, esta e outras tentativas de fixar colonos revelaram-se totalmente infrutíferas, devido à hostilidade dos autóctones. Em 1827, o General Sir Neil Campbell, governador em chefe das possessões britânicas na África Ocidental, celebrou um tratado com os régulos beafares declarando confirmada a cessão daqueles territórios à Grã-Bretanha. Para obstar a este Tratado, que considerava inválido, o governo português convocou uma conferência de régulos para Bissau, em 1828. Compareceram os régulos de Canhabac, Damião, e o de Rio Grande, Fabião, que declararam não ter, em tempo algum, vendido a Ilha de Bolama nem o poderem fazer por pertencer ao reino de Portugal, do qual se consideravam súbditos. Depois desta declaração Portugal ocupa militarmente a Ilha em 1830, construindo, no prazo de um mês, uma fortaleza com 3 peças de artilharia para proteger a povoação de Nova Mindelo. A Inglaterra protesta, mas deixa sem resposta as réplicas muito bem fundamentadas do embaixador português em Londres, barão de Moncorvo.

De 1838 a 1869, os navios britânicos que escalavam a ilha passaram a considerá-la posse inglesa, praticando uma série de actos que entendiam ser demonstratórios dessa posse e onde invariavelmente era arrancado o pavilhão português e invadidas as propriedades dos colonos aí estabelecidos. Em 1868, chegou a ser sequestrado o próprio governador da Guiné, Joaquim Alberto Marques, no vapor inglês de guerra «Pandora».

Em 1864, Portugal enviou um memorandum ao governo inglês propondo a resolução do litígio através da arbitragem, deixando à Inglaterra a escolha desse árbitro. O protocolo foi assinado em 1869, tendo a escolha inglesa recaído sobre o presidente dos Estados Unidos da América, Ulisses Grant. O procedimento utilizado foi a apresentação de exposições escritas por cada uma das partes num prazo de seis meses seguida de uma segunda e definitiva exposição. O árbitro decidiria definitivamente sem qualquer recurso.

A sentença foi proferida em 1870 e considerava como provada a posse portuguesa da ilha desde 1752. Os títulos aduzidos pela Grã-Bretanha derivavam de uma alegada cessão feita ao tempo em que a soberania de Portugal se tinha estabelecido na ilha. Uma vez que

Portugal nunca abandonara esse seu direito e fundara uma povoação na ilha, jamais reconhecera acto algum praticado pela Inglaterra para fortalecer as suas pretensões, decide «que se acham provados e reconhecidos os direitos do governo de Sua Majestade Fidelíssima El-Rei de Portugal sobre a ilha de Bolama».

Portugal viu deste modo coroados de êxitos os esforços que desenvolveu durante mais de quarenta anos para garantir a posse da ilha, resistindo de uma forma evidente e firme, mas sempre tendo em conta as suas possibilidades reais, à terrível pressão inglesa.

#### A questão de Lourenço Marques ou Delagoa Bay

Esta questão desenrolou-se de modo semelhante à da ilha de Bolama. Em 1817, Portugal e a Grã-Bretanha haviam celebrado um tratado cujo art.º 2.º reconhecia a soberania portuguesa na costa oriental de África, desde Cabo Delgado até à Baía de Lourenço Marques na costa moçambicana.

Entre 1823 e 1825, um capitão inglês organizou tratados com os régulos do Tembe e Maputo, reclamando a posse das ilhas de Santa Maria (apelidada também de Unhaca) e da ilha dos Elefantes, declarando ser território inglês toda a margem sul da baía, apesar da presença no local de autoridades e povoações portuguesas.

No ano de 1860, a Grã-Bretanha notificou oficialmente Portugal que considerava sua toda aquela região e deslocou um navio à ilha de Santa Maria para aí arvorar o pavilhão britânico. Na sequência deste acto, a gazeta oficial do Cabo publicou uma notícia, segundo a qual as ilhas da Unhaca e dos Elefantes haviam sido declaradas possessões inglesas e anexadas à colónia de Natal.

Face à reacção portuguesa que mencionou expressamente o art.º 2.º do Tratado de 1817, os ingleses contestaram que esta disposição referia-se apenas à pequena baía no rio de Lourenço Marques, fronteira ao estabelecimento português na margem Norte deste rio e não à totalidade da Delagoa Bay.

Evidentemente Portugal não reconheceu semelhantes pretensões e, em 1869, celebrou um tratado com a República do Transval, concedendo a esta o direito de receber mercadorias através daquele território.

O governo inglês protestou e o Marquês de Sá da Bandeira, propõe, em 1969, sujeitar a questão à arbitragem do presidente da república francesa, Marechal Mac Mahon.

Nas memórias apresentadas por Portugal, confiadas a Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso, os direitos à totalidade da baía fundavam-se em:

1. descobrimento e exploração da baía no séc. XVI;
2. ocupação e posse durante 3 séculos;
3. direito das gentes que considera dependência de um território as baías e portas artificiais ou naturais que formam o acesso a esse território;
4. doação do imperador Monomotapa no séc. XVII e reconhecimento dos régulos do Tembe e Maputo;
5. reconhecimento do direito pelas nações europeias incluindo a Inglaterra, no Tratado de 1817.

A Inglaterra fundamentou os seus direitos sobre a parte sul da baía na ausência de ocupação efectiva deste território por parte de Portugal, o que legitimaria os chefes locais a celebrar tratados com os ingleses. O Tratado de 1817 deveria ser alvo de uma interpretação restritiva, considerando-se como limite sul das possessões portuguesas uma pequena baía existente no rio de Lourenço Marques. A sentença arbitral pronunciada pelo Marechal Mac Mahon em 24 de Julho de 1875, considerou que:

- a baía foi descoberta pelos portugueses no séc. XVI, que sempre reivindicaram direitos de soberania sobre a totalidade dela, tendo nomeadamente apoiado à mão armada esta reivindicação contra os holandeses em 1783 e contra os austríacos em 1781;
- a própria Inglaterra estabelecera um acordo com Portugal em que era designado como fazendo parte das possessões portuguesas a totalidade da baía, à qual se aplica indiferentemente o nome de Delagoa ou Lourenço Marques;
- o capitão inglês que celebrou os tratados com os régulos locais tinha sido recomendado pela Grã-Bretanha aos bons ofícios do governo português;
- o enfraquecimento accidental da autoridade portuguesa naquelas paragens poderia ter induzido em erro as autoridades inglesas relativamente à independência dos régulos.
- Assim foi dada como provada e estabelecida a soberania portuguesa sobre a totalidade da baía. Neste caso, tal como no anterior, as pretensões portuguesas foram reconhecidas em toda a sua extensão pela entidade arbitral. Mais uma vez, também, a fronteira traçada atravessou incólume todo o resto do século XIX até aos nossos nossos dias.

### Arbitragem do Barotse

O conflito surgiu em torno dos limites do Reino do Barotse que, por via do tratado celebrado em 1891 entre Portugal e a Grã-Bretanha, delimitava a fronteira sueste de Angola. O art.º IV deste tratado referia que a linha divisória que separava a esfera de influência inglesa da esfera de influência portuguesa na África Central «subirá o centro do leito do Zambeze superior, partindo das cataratas de Catima até ao ponto em que entra no território do Reino do Barotse. Os limites ocidentais d'este reino, que constituirão a linha divisória entre esferas de influência inglesa e portuguesa, serão traçados por uma comissão mista anglo-portuguesa, que terá a faculdade, em caso de discordância de pareceres, de nomear um árbitro de desempate».

No entanto, desde a data de celebração do tratado, e especialmente a partir de 1894, começam a estabelecer-se missões inglesas nos territórios onde as autoridades portuguesas tinham estabelecido postos militares e procedido à ocupação efectiva. Estas missões, cooperando com o rei Levanica do Barotse, começaram a estender os seus domínios sobre os reinos vizinhos através de presentes, ameaças e até do uso da força.

Na impossibilidade de se chegar a um consenso sobre os limites deste território à data da celebração do tratado - 11 de Junho de 1891 - a questão foi submetida em 1903 a arbitragem, tendo sido escolhido para árbitro Victor Emanuel III, Rei de Itália.

Os exploradores portugueses Silva Porto e Serpa Pinto tinham deparado com o Reino do Barotse a partir da margem oriental do rio Zambeze. No entanto, reconheciam que alguns territórios na margem esquerda deste rio se encontravam na dependência daquele Reino, mas apenas depois do paralelo 16°. A extensão máxima deste situar-se-ia no 22º meridiano a Este de Greenwich.

Os ingleses reclamavam como dependentes do Barotse uma série de reinos que se estenderiam até ao rio Cuito, cujo limite máximo se situa próximo do meridiano 18°.

A sentença não consagrou os rápidos de Catima, no rio Zambeze, como fronteira entre as duas esferas de influência. No entanto o avanço máximo para ocidente que ficou estabelecido para o Barotse foi o meridiano 22°, muito longe do meridiano 18° reclamado pelos ingleses.

Esta decisão arbitral reflecte uma realidade diferente da que se verifica relativamente aos territórios situados na costa. Por um lado ocorreu após a definição de forças resultante do «Ultimatum» que contribuiu para isolar Portugal internacionalmente. Por outro lado, no

interior africano, os direitos portugueses não eram tão evidentes nem demonstráveis como na costa. Aqui os exploradores nacionais concorriam com os seus competidores ingleses, belgas e alemães sem a vantagem dos direitos históricos. Acresce que estes eram apoiados por fortíssimas máquinas económicas como o South African Company.

Estes factos podem explicar uma sentença onde a preocupação por chegar a uma solução de compromisso parece ter sido preponderante. Com efeito, a questão inicialmente submetida ao árbitro dizia respeito à delimitação do Reino do Barotse a partir da linha central do rio Zambeze. Parecia, portanto, adquirido que uma parte da fronteira seguiria o leito deste rio. O árbitro consagrou, no entanto, como fronteira o rio Cuando, afastando-se das disposições do Tratado Luso-inglês de 1891, sobre o qual fora chamado a pronunciar-se. Esta situação poderia fundamentar um recurso português em reformação da sentença, com base em excesso de poder ou erro. No entanto, isso significaria pôr em causa o aliado, com base no qual tinha sido estabelecida a presença de Portugal em África. Face à opção entre a aceitação de uma sentença parcialmente injusta e um recurso que poderia pôr em causa todos os direitos adquiridos no passado e comprometer o valor absoluto do Direito no futuro, os diplomatas portugueses optaram pela primeira solução.

Os quatro casos analisados têm em comum o facto das soluções a que conduziram terem perdurado no tempo até aos nossos dias e disporem de condições objectivas para permanecer indefinidamente. Com efeito, as três arbitragens consagraram fronteiras que atravessaram inalteradas as vicissitudes históricas até à actualidade e o acórdão do caso Rush, integrado num sistema jurídico específico, perdurará enquanto existir a CEE. A característica da durabilidade é uma vantagem que provém da justiça intrínseca a que conduz normalmente o recurso ao Direito. Outra característica diz respeito às contrapartidas que qualquer negociação acarreta e que se tornam desnecessárias quando se recorre a soluções jurisdicionais.

A diversidade dos assuntos sobre os quais os diferentes casos analisados versaram - direitos patrimoniais e laborais no caso Rush e direitos territoriais nas arbitragens - permitem evidenciar a pluralidade de interesses que o Direito Internacional é susceptível de proteger.

No caso Rush, a solução para o litígio proveio do princípio da igualdade, que constitui o reverso do princípio da não discriminação e que se encontra presente nas ideias base da construção europeia. Uma destas ideias é a inaceitabilidade de uma Comunidade a duas velocidades e os seus efeitos práticos traduzem-se nas ajudas proporcionadas pelos fundos comunitários aos estados membros. O próprio fundamento das quatro liberdades

comunitárias - de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais - reside neste princípio, na medida em que não permite aos estados membros introduzirem leis ou práticas que tratem diversamente os nacionais ou as empresas dos restantes países da CEE relativamente aos seus próprios nacionais.

Nos casos de arbitragem sobressai a lucidez da análise dos diplomatas nacionais ao entenderem claramente que Portugal apenas podia enfrentar a Inglaterra quando os seus direitos se impusessem à própria opinião pública britânica. O exemplo de moralidade irrepreensível da sociedade vitoriana impediu o governo inglês de gozar indefinidamente da impunidade que lhe garantia a possibilidade de recusar as propostas portuguesas de recurso ao Direito Internacional Público. Esta possibilidade de evitar as soluções jurídicas patenteia a grande diferença entre o Direito Internacional Público clássico e o Direito Comunitário. Enquanto o primeiro exige uma vinculação casuística dos estados envolvidos, o Direito Comunitário permite que as questões suscitadas no tribunal de um estado membro sejam submetidas ao Tribunal Comunitário através de um simples reenvio pelo juiz nacional. Esta evolução ocorrida no ordenamento comunitário facilita extraordinariamente o recurso ao Direito para solucionar as questões entre os estados membros.

Uma solução judicial ou arbitral tem também a vantagem de canalizar para a entidade que pronuncia a decisão ou a sentença eventuais descontentamentos provocados por esta. Deste modo, Portugal, ao utilizar a arbitragem, conseguiu separar o confronto anglo-português no Atlântico das urgências do equilíbrio europeu. Este objectivo foi levado a bom termo e Portugal manteve simultaneamente a sua individualidade europeia e uma presença significativa em África sem cedências desnecessárias. Ontem como hoje, estes casos revelam a importância do aproveitamento pelas pequenas potências das potencialidades do Direito na cena política internacional.