

deve pôr termo às disposições pelas quais se opõe ao direito de passagem, consideramos que o ponto de vista do Governo da Índia deve ser adoptado pelas seguintes razões:

É um facto que, depois da partida das autoridades portuguesas, a população dos enclaves organizou uma nova autoridade autónoma baseada na vontade dessa população. Como o direito de passagem supõe a continuação da administração dos enclaves pelos Portugueses, deve considerar-se que o estabelecimento dum novo poder nos enclaves pôs fim *ipso facto* ao direito de passagem.

a) J. SPIROPOULOS.

Opinião individual do juiz V. K. WELLINGTON KOO

Conformo-me com a decisão do Tribunal na parte em que reconhece a Portugal, entre Damão e os enclaves e entre os próprios enclaves, um direito de passagem sancionado pelo costume local para as pessoas privadas, os funcionários civis e as mercadorias em geral, mas lastimo não poder concordar com a exclusão desse direito de passagem das forças armadas, da polícia armada e das armas e munições portuguesas. Admite-se que aquele direito não é absoluto, já que Portugal não o reclama senão na medida necessária ao exercício da sua soberania sobre os enclaves e sob a regulamentação e fiscalização da Índia. Assim limitado, o direito de passagem aplica-se, em minha opinião, a todas as seis categorias.

I

1. Se bem que o Governo da Índia Britânica nunca tenha expressamente reconhecido a passagem como um direito para qualquer das categorias, essa passagem foi sempre concedida de facto. Regra geral, depois da entrada em vigor do Tratado de comércio e de extradição de 26 Dezembro 1878 entre a Grã-Bretanha e Portugal, as autoridades britânicas exigiam uma autorização prévia para cada caso de passagem da polícia armada, das unidades militares e das armas e munições, mas, de facto, a prática de autorizar esta passagem foi mais uniforme e constante do que no caso das mercadorias privadas. Ao longo destes cento e trinta anos de governo britânico, não tenho conhecimento, na documentação apresentada ao Tribunal, de um único exemplo de pedido português para a autorização de passagem, entre Damão e os enclaves, de polícia armada, militares, unidades militares ou armas e munições, que tenha sido recusado. Para as mercadorias ordinárias, ao contrário, os Britânicos proibiram em diversas épocas o trânsito de determinadas mercadorias tais como arroz, sal, álcool, licorosos e produtos necessários à destilação do álcool e dos licores; verifica-se até durante a última guerra uma proibição total do trânsito de todas as mercadorias.

2. Um rápido exame dos factos esclarecerá este ponto.

No decurso dos primeiros sessenta anos do período britânico, nenhum pedido de autorização para permitir aos soldados ou à polícia armada

de Portugal ou da Grã-Bretanha penetrar em território do outro país era exigido. Tinha-se estabelecido para esta passagem uma prática baseada na reciprocidade, o que explica provavelmente a raridade de documentos relativos à questão da passagem.

Mas parece que, durante aquele período, todas as vezes que a passagem do pessoal militar armado era necessária, ela era autorizada.

Um incidente surgido em 1859 é revelador. Como dois cipaios escoltassem um juiz português de Damão a Bassein, a policia britânica tirou-lhes as baionetas. O governador-geral de Goa protestou junto do governador de Bombaim em 16 Maio 1859, declarando que os dois militares estavam munidos dos salvos-condutos necessários com o selo do Governo, que os soldados ingleses portadores de armas estavam autorizados a passar nos territórios de Damão e de Goa sem serem molestados e acrescentando: «não se deve esperar que os soldados portugueses sejam impedidos de proceder da mesma forma nos territórios britânicos, dado especialmente que, independentemente disso, a propósito de Damão, várias aldeias portuguesas ligadas a esta cidade estão situadas nos limites do território britânico». O governador de Bombaim respondeu: «as armas dos dois soldados portugueses foram retidas por uma inadvertência que o meu Governo lastima e que, espero-o, não se repetirá».

3. Sobre esta questão das tropas, a terceira alínea do artigo XVIII do Tratado de comércio e de extradição de 26 Dezembro 1878 dispunha:

«A força armada duma das Altas Partes contratantes não entrará nas possessões indianas da outra, excepto nos casos especificados em tratados anteriores, ou para se prestarem socorro mútuo como fica previsto no presente Tratado, ou quando seja feito pedido formal pela parte que desejar a entrada da outra.»

Esta disposição, a exigir um pedido formal de autorização para os envios de tropas duma das altas partes contratantes pelo território da outra, tinha sido proposta pelo plenipotenciário português e só inserida no Tratado a instância dele, como expõe o relatório do plenipotenciário britânico ao seu secretário de Estado dos Negócios Estrangeiros, porque «da sua inserção ou não-inserção podiam depender inteiramente as possibilidades que tinha o Governo (português) de fazer ratificar o Tratado pelas Cortes». A explicação dada pelo representante de Portugal era que esta disposição permitiria ao Governo português fazer face à «forte oposição da opinião pública» à «união aduaneira» e à «fusão económica das colónias portuguesas com o sistema do Império Britânico das Índias» previstas no Tratado.

4. Esta nova prática continuou a ser observada depois de expirado o Tratado em 1892, e a autorização continuou a ser concedida quando pedida. Foi assim, por exemplo, que foram deferidos sem dificuldade

um pedido de 13 Janeiro 1915 para a passagem de onze soldados de Damão a Nagar-Aveli e outro de 22 Março 1915 para a passagem dum soldado de Goa a Nagar-Aveli. Durante o ano de 1915, o Governo de Bombaim recebeu setenta e nove pedidos de autorização para a passagem de soldados portugueses pelo território britânico. Setenta e nove pedidos análogos foram apresentados entre 29 Dezembro 1916 e 25 Agosto 1917. Que se saiba, a autorização nunca foi recusada.

5. Anteriormente, dois casos de passagem de soldados pelo território britânico, se não têm ligação directa com o trânsito entre Damão e os enclaves, nem por isso deixam de revestir uma importância particular quanto à questão dum costume local em matéria de passagem na península indiana. Em 26 Novembro 1901, o cônsul-geral de Portugal pediu ao governador-geral da Índia autorização para um destacamento de vinte soldados passar, por via terrestre, de Damão para Goa, através de Bombaim, e que as ordens necessárias para essa passagem fossem expedidas com «urgência». A autorização foi concedida dois dias depois, numa resposta de 28 Novembro 1901, e confirmada em 30 Novembro, por uma carta em que, além disso, se pedia:

«... no futuro dignar-se indicar a data do projectado transporte destes destacamentos e anunciá-lo com a antecedência suficiente para dar tempo a que se solicitem as ordens do Governo e se dêem instruções às autoridades locais».

Da mesma forma, em 1912, quando rebentou em Goa uma rebelião contra o Governo português, foi pedida uma autorização em 5 Agosto 1912 ao Governo de Bombaim e foi concedida no dia seguinte pelo Governo da Índia, que declarou não se opor «de modo nenhum ao propósito de fazer passar um oficial e sessenta homens por dez quilómetros de território britânico... a título especial». Este destacamento não executou a marcha prevista. Mas em Outubro do mesmo ano o Governo de Goa solicitou de novo autorização para fazer passar sessenta homens sob as ordens dum oficial por cerca de cinquenta quilómetros até à fronteira portuguesa. A resposta do Governo da Índia foi mais uma vez afirmativa: «Sua Excelência entende que não deveríamos conceder o transporte em caminho de ferro, mas, por outro meio, nada tem a opor». A passagem do destacamento referido fez-se realmente em 15 e 16 Novembro desse mesmo ano.

6. A passagem da polícia armada foi prevista na segunda alínea do artigo XVIII do mesmo Tratado de 1878, que dispõe:

«As autoridades fiscais, judiciais e de polícia das possessões indianas das altas partes contratantes cooperarão cordialmente para manter, nas linhas do tráfego comum e outras, a perfeita segurança das pessoas e das propriedades; e, na perseguição de criminosos e de pessoas que

se entreguem ao contrabando, as referidas autoridades duma das altas partes contratantes poderão atravessar a fronteira e entrar nos Estados da outra alta parte conratante, contanto que nestes Estados procedam em conformidade com as leis locais e as estipulações do presente Tratado.»

Esta disposição a prever a passagem da polícia armada e de outras autoridades fundava-se, evidentemente, na prática já estabelecida no decurso dos anos que precederam a conclusão do Tratado de 1878. O Tratado não refere expressamente a necessidade da autorização prévia e, como se indicará mais adiante, esta, para o efeito de passagem, não era sempre exigida na prática.

7. Quando o Tratado de 1878 caducou, em 1892, o acordo recíproco para a passagem da polícia armada continuou na prática. Por uma disposição de 1913, os destacamentos armados da polícia portuguesa eram autorizados a

«atravessar o território britânico intermédio quando lhes fosse necessário fazê-lo para se deslocar duma região da Índia portuguesa para outra, contanto que as autoridades locais tenham recebido notificação prévia» (não se trata de autorização prévia).

Por um acordo de 1920, a polícia, armada ou não, duma das partes perseguindo efectivamente um delinquente podia continuar a perseguição em território da outra sem ser interrompida. O acordo dispunha igualmente que, abaixo de certo posto, os polícias armados não deveriam penetrar em território da outra parte sem consentimento prévio. Ao que parece, esta restrição não se applicava aos agentes de patente mais elevada. Nos termos dum acordo de 1940, a passagem dos polícias portugueses armados pelo caminho de Damão a Silvassá (Nagar-Aveli) era livre sob condição de que se não fizesse em grupos de mais de dez pessoas e que da sua passagem fosse dado conhecimento às autoridades britânicas nas vinte e quatro horas seguintes a essa passagem. Para os grupos de mais de dez agentes que pretendessem utilizar a referida estrada, era necessário obter, como dantes, o consentimento das autoridades britânicas por via de notificação prévia.

8. A respeito da autorização exigida para a passagem de tropas e da polícia armada portuguesa pelo território britânico intermédio, é de utilidade ver qual era de facto a prática. Quando o governador-geral da Índia Portuguesa declarou numa carta de 22 Dezembro 1890 ao Governador de Bombaim: «as tropas portuguesas não atravessam nunca o território britânico sem autorização prévia», as autoridades britânicas ordenaram um inquérito e o *District Police Inspector* da divisão de Bulsar informa em relatório de 28 Fevereiro 1891 «que por várias vezes as forças armadas portuguesas tinham atravessado o território britânico

sem autorização», acrescentando «que a policia britânica entrava em armas algumas vezes no território português sem que ninguém se opusesse». E recomendava a manutenção deste estado de coisas. O *Commander of the Northern District* e o *District Magistrate* de Surate entendiam igualmente que esta compreensão recíproca devia ser mantida. Em consequência, o secretário do Governo de Bombaim depois de ter declarado na sua resposta ao governador-geral da Índia Portuguesa que o inquérito tinha revelado vários casos de tropas (portuguesas) que escoltavam uma remessa de fundos de Damão à estação de caminho de ferro, transferiam um prisioneiro de Damão a Vapi, se dirigiam de Damão a Dadrá e regressavam por aldeias britânicas, ou ainda de Ambli a Dadrá, sem apresentar pedido nem notificação às autoridades locais, e depois de ter observado «não é duvidoso que estes casos não são do conhecimento de Sua Ex.^a o governador-geral, e segundo a regra por ele fixada parece que tais passagens deviam ter sido participadas ao *District Magistrate* de Surate», concluía nestes termos:

«Ao mesmo tempo que estou encarregado de fazer observar que este Governo não tem nenhuma razão para supor que os destacamentos ou as pessoas que atravessaram em armas estas porções de território britânico não se tenham conduzido com absoluta correcção, e o governador, em conselho, deu ordem para não se entravarem as suas deslocações sem motivo particular. Se tais movimentos ou transferências podem ser previstos com antecedência, não duvidamos de que as autoridades locais portuguesas evitarão expor-se a atrasos ou a ter de trocar nova correspondência conformando-se com a regra de que faz menção a carta de S. Ex.^a nos termos da qual «as tropas portuguesas não atravessam nunca o território britânico sem autorização prévia». Mas, como já indiquei, o *District Magistrate* de Surate foi informado de que este Governo não quer que seja posto o mais pequeno entrave nas circunstâncias que se referiram.»

9. É, portanto, evidente que, para a passagem de tropas portuguesas pelo caminho de Damão a Silvassá (Nagar-Aveli), o pedido de autorização prévia nem sempre era exigido na prática, não obstante as disposições contrárias do artigo XVIII do Tratado de 1878.

10. Para a questão da passagem da policia armada portuguesa, referiu-se acima o acordo de 1940. A origem deste acordo e as negociações que levaram à sua conclusão parecem igualmente reveladoras quando se trata de demonstrar a prática que prevaleceu e as considerações que conduziram a adoptá-la. Em consequência dum incidente relativo à prisão, em Abril 1940, dum missionário alemão em território britânico por um destacamento britânico composto de três homens desarmados e de quatro homens armados, num autocarro que ia de Silvassá (Nagar-Aveli) para Damão, o Governo da Índia Portuguesa sugeriu:

«a possibilidade de concluir com o Governo de Bombaim um acordo em virtude do qual, por este caminho e sòmente por este caminho, em razão do seu carácter particular, seria permitido às forças da policia armada dos dois Governos circular livremente, independentemente de qualquer autorização prévia».

Antes de se pronunciar sobre esta proposta e de responder ao Governo da Índia Portuguesa, o Governo de Bombaim consultou as diversas autoridades británicas interessadas. Começaram por formular o seguinte ponto de vista:

«Ponderados os motivos indicados pelo Governo da Índia Portuguesa, não parece à primeira vista que haja objecção à aceitação do acordo proposto pelo Governo da Índia Portuguesa».

Outros julgaram, no entanto,

«conveniente impor uma certa fiscalização ou uma certa regulamentação aos movimentos da policia armada. O G. R., P. D. n.º 4.540 de 30-7-1913 (que exigia a notificação prévia da passagem) forneceu o meio. Não se trata sòmente dum simples por menor de ordem administrativa. Se se deve conceder uma autorização de carácter geral, pode haver lugar a combiná-la com certas restrições, relativas, por exemplo, ao número, ao objectivo, etc.»

O *Political and Services Department* do Governo de Bombaim recomendou a seguir a aceitação desta proposta,

«ficando entendido que os efectivos da policia armada do Governo português ou do Governo britânico autorizados a atravessar o troço britânico ou o troço português do caminho de Damão a Silvassá, respectivamente, serão limitados às necessidades reais em cada caso e que será feita notificação da passagem das forças de policia armada nos territórios do Governo português ou do Governo britânico às autoridades locais pelo Governo britânico ou pelo Governo português, respectivamente, logo que seja possível depois da execução desta deslocação».

Segundo outras opiniões, «isto não correspondia ao objectivo visado» e este «cepticismo» era por outro lado partilhado porque, «sem uma regulamentação e uma fiscalização que sejam fáceis de exercer, este processo é cheio de riscos». Daí a fórmula redigida em termos precisos finalmente sugerida pelo *Commissioner of the Northern District*, que foi incorporada no Acordo de 1940.

11. O exame dos factos a que acabamos de proceder mostra, portanto, claramente que, durante os sessenta primeiros anos do período britânico, a prática que prevaleceu de autorizar a passagem das tropas e da polícia armada dum país no território intermédio do outro era fundada no princípio da reciprocidade e tinha desde logo dado início a um costume local. Enquanto os efectivos militares que se deslocavam nessas condições deviam trazer salvos-condutos passados pelo seu próprio Governo, não parece que esta exigência tenha sido aplicada à polícia armada no exercício das suas funções. Em contrapartida, para nenhuma destas duas categorias era preciso solicitar autorização prévia de passagem.

Mesmo no decurso do período durante o qual o Tratado de 1878 esteve em vigor, se bem que o artigo XVIII do referido tratado preveja expressamente a necessidade de pedir formalmente e obter autorização para a entrada das tropas duma das altas partes contratantes no território da outra parte, as forças da polícia armada portuguesa, num certo número de ocasiões, como indicou o governador de Bombaim na sua resposta à carta do governador-geral da Índia Portuguesa de 22 Dezembro 1890, atravessaram o território britânico no exercício das suas funções sem ter pedido e obtido a autorização prévia, especialmente no caminho de Damão a Silvassá (Nagar-Aveli). Mais significativo ainda é o facto atrás citado de que as autoridades britânicas declararam preferir continuar a observar a prática consistente em não entrar essa passagem, reconhecendo, evidentemente, a necessidade para eles próprios e cedendo a considerações de comodidade pessoal baseadas na reciprocidade.

12. Nenhum elemento do processo mostra que esta prática tenha sofrido qualquer modificação importante depois de ter findado o Tratado de 1878. Os acordos de 1913, 1920 e 1940, enquanto um deles reafirmava a necessidade duma autorização prévia para a passagem das forças armadas, formularam esta prática habitual com maior precisão ainda para a passagem da polícia armada portuguesa pelo território britânico intermédio.

13. No decurso do período pós-britânico, até 1954, parece que a Índia respeitou igualmente esta prática.

14. Para as armas e munições, etc., o art. 17 do *Act. xxxi* de 1860 exigia para a importação em território britânico uma licença concedida quer pelo governador-geral da Índia em conselho quer por um funcionário designado para este efeito pelo governador-geral em conselho. Este *Act* foi substituído pelo *Indian Arms Act* de 1878. O art. 6 dispõe que ninguém transportará por terra ou por mar com destino ao ou proveniência do território britânico armas, munições ou fornecimentos militares se não estiver munido de licença (com certas excepções que não interessam agora). O art. 10 habilita o governador-geral em con-

selho a regulamentar ou proibir o transporte de quaisquer armas, munições ou fornecimentos militares. As *Indian Arm Rules* de 1879 fixam as disposições relativas à concessão de licenças para a importação e a exportação de armas, munições e fornecimentos militares. Em 1880, o governador-geral em conselho acrescentou-lhes a regra 7A. Esta regra dispõe na alínea a) que nada nessas *Rules* será interpretado no sentido de autorizar a concessão de licenças com o fim de importar armas, munições ou fornecimentos militares provenientes da Índia Portuguesa; na alínea b), que nada nessas *Rules* será entendido no sentido de autorizar a concessão de licenças com o fim de exportar com destino à Índia Portuguesa armas, munições ou fornecimentos militares, a menos que sejam exportadas para uso exclusivo do Governo da Índia Portuguesa ou que não sejam objecto duma licença especial de importação concedida pelo Governo da Índia Portuguesa. A regra 7-A b) era conforme à quarta alínea do artigo XVIII do Tratado de 1878, que estabelecia:

«A exportação de armas, munições ou fornecimentos militares das possessões duma das Altas Partes contratantes para as da outra não será permitida, excepto com o consentimento desta última e nos termos dos regulamentos por ela aprovados. Os Governos da Índia Britânica e da Índia Portuguesa unir-se-ão para aplicar os regulamentos referidos neste artigo.»

Se bem que a regra 7-A b) tenha sido revogada em 1895 depois de findar o Tratado de 1878, a regra 7-A a) continuou em vigor e foi mantida nas novas *Rules* promulgadas em 1909 assim como nas suas renovações sucessivas (*ibid.*, n. 66).

15. Mas o ponto interessante a notar é que esta regra 7-A a) se limitava a impor que os pedidos fossem dirigidos não ao Governo de Bombaim, que não podia conceder licenças senão para a exportação de armas e munições, mas, como dispunha o *Act xxxi* de 1860 já mencionado, ao Governo da Índia, que era o único que podia autorizar a importação de armas e munições providas da Índia Portuguesa. Assim, quando os pedidos de autorização de transporte de armas e munições, quer se tratasse de trânsito de Damão a Nagar-Aveli ou de Goa a Nagar-Aveli ou de Nagar-Aveli a Goa, eram assim endereçados, as autorizações pedidas eram sempre concedidas pelo Governo da Índia, quaisquer que fossem os artigos: espingardas ou cartucheiras, «certos tipos de espingardas ou de cartuchos». Pedidos deste género foram satisfeitos em 28 Novembro 1896, depois novamente em 28 Janeiro 1915 e 1 Outubro 1817 (contramemorial, anexo C. nn. 64 e 65). Os pedidos de livre trânsito feitos em 11 Janeiro 1939 para três mosquetes enviados de Nagar-Aveli a Damão e três outros enviados de Damão a Nagar-Aveli (contramemorial, anexo E. n. 40), em 24 Março 1939 para 8 mosquetes com 400 cartuchos e 1 revólver com 50 cartuchos

(*ibid.*, anexo n. 41) e em 17 Abril 1940 para a passagem de 52.000 cartuchos enviados de Damão a Nagar-Aveli (*ibid.*, n. 42) foram igualmente satisfeitos.

16. A conclusão a tirar da prática das autoridades britânicas em relação a armas e munições portuguesas é a seguinte: se a sua importação em território britânico fosse nominalmente submetida às estritas disposições do *Arms Act* e do *Arms Rules* quanto à sua aplicação geral, eram sempre concedidas dispensas especiais pelo Governo da Índia, único competente para as autorizar. Prática ao mesmo tempo natural e compreensível, pois a passagem de armas e munições, bem como a de tropas, revestia maior importância para o soberano territorial do ponto de vista da segurança do que a passagem de mercadorias e de funcionários civis e, por consequência, exigia fiscalização mais efectiva. Mas, quando se tratava de Portugal, a necessidade de dispor de tropas, de armas e de munições era por sua vez mais imperiosa, pois se cuidava de assegurar o exercício da sua soberania sobre os enclaves, e, evidentemente as autoridades britânicas estavam plenamente conscientes da importância deste factor. A fim de evitar qualquer interpretação defeituosa das disposições gerais do *Arms Act* e do *Arms Rules*, e especialmente da regra 7-A, a), e prevenir todas as controvérsias e todos os incidentes com Portugal que dessa interpretação havia o risco de decorrerem, a concessão das autorizações relativas à passagem entre as possessões portuguesas na Índia, inclusive entre Damão e os enclaves, era fiscalizada e regulamentada directamente pelo Governo da Índia, e não pelas autoridades britânicas locais. O facto de não se encontrar no processo nenhum caso de recusa de pedido de passagem por território britânico entre Damão e os enclaves portugueses ou entre estes enclaves e qualquer outra parte das possessões portuguesas na península da Índia mostra claramente, na minha opinião, que os Britânicos reconheciam a situação particular relativa aos enclaves.

17. O Governo da União Indiana respeitou e continuou a observar esta prática até 1954.

18. O que acaba de ser dito da prática britânica e indiana relativa ao regulamento de passagem das tropas, da polícia armada, das armas e das munições numa possessão portuguesa para outra através do território intermédio britânico e ulteriormente indiano mostra claramente que esta passagem se efectuava constantemente e sem dificuldade, da mesma forma que no caso das pessoas privadas, dos funcionários civis e das mercadorias ordinárias. De facto, como já se acentuou, a prática que consistia em autorizar a passagem das armas e das munições revestia mesmo um carácter ainda mais uniforme e constante do que no caso das mercadorias ordinárias.

19. A necessidade de pedir e obter autorização das autoridades britânicas para a passagem das tropas, das armas e das munições em cada ocasião não representava, na minha opinião, senão uma providência mais estrita de fiscalização e de regulamentação e não significava necessariamente que os Britânicos julgassem poder recusar esta autorização à sua vontade e não considerassem Portugal habilitado fazer a passagem. O grau de fiscalização devia naturalmente variar em função da natureza da passagem pedida. O processo relativamente mais simples e menos formal adoptado para a passagem de polícia armada portuguesa, em virtude dos diversos acordos de que já se falou atrás, e permitindo uma «fiscalização mais fácil de exercer», para nos servirmos dos termos já citados das autoridades britânicas, parece nitidamente confirmar este ponto de vista.

Com efeito, para as diferentes categorias consideradas, por exemplo, para os funcionários civis por oposição às forças armadas ou à polícia armada e para as mercadorias ordinárias por oposição às armas e às munições, a diferença que caracterizava o processo de autorização de passagem entre Damão e os enclaves não era senão uma questão de grau na política de fiscalização e de regulamentação aplicada e não se destinava a estabelecer distinção entre o que o costume local teria justificado ou não. O carácter uniforme e constante da prática que consistia em conceder passagem para as forças armadas, a polícia armada, as armas e as munições era, na verdade, mais marcado do que, por exemplo, no caso das mercadorias ordinárias, como já se viu precedentemente. A meu ver, também nada permite concluir que as autoridades britânicas tenham tido menos consciência duma obrigação da sua parte, *opinio juris sive necessitatis*, para estas três categorias do que para a passagem das pessoas privadas, dos funcionários civis portugueses e das mercadorias ordinárias. Na minha opinião, houve reconhecimento implícito pelas autoridades britânicas dum costume local que consistia em autorizar a passagem entre Damão e os enclaves de cada uma das seis categorias consideradas de pessoas e de mercadorias, sem que constituíssem objecto de qualquer distinção de ordem jurídica, mas todas elas sujeitas, no caso ocorrente, à fiscalização e à regulamentação do Estado soberano do território intermédio.

20. O direito de passagem, tal como é reivindicado e definido por Portugal, apresenta um duplo carácter. O seu conteúdo estende-se na medida indispensável ao exercício da soberania portuguesa sobre os enclaves, e o seu exercício está sujeito ao mesmo tempo à fiscalização e à regulamentação da Índia sempre que a passagem se faça pelo território indiano intermédio. Estes dois elementos são inerentes ao princípio da soberania territorial de que decorrem, duma parte, o direito de passagem, e, doutra parte, o poder de fiscalização e de regulamentação. Isto significa que existe para uma e outra partes a par dum direito uma obrigação — para a Índia, a de conceder a passagem e, para Portugal, de respeitar as regras de processo relativas ao pedido de autorização de

passagem e à concessão dessa autorização. Noutros termos, os direitos e as obrigações das duas partes são concomitantes e correlativos. Mas são conciliáveis desde que se tenha em conta a maneira por que o problema foi felizmente resolvido no passado — durante o longo período que precedeu 1954; ou seja, fundando-se no costume local que se cristalizou a partir da prática constante e uniforme das autoridades britânicas como das autoridades indianas até essa época.

Parece-me evidente que, no passado, o elemento fundamental da política dum Estado soberano em matéria de fiscalização e de regulamentação dum direito de passagem sobre um território intermédio foi a tomada em consideração, de perfeita boa fé, do seu interesse nacional. Se este interesse estivesse exposto a algum prejuízo eventual, o direito de passagem seria restringido ou anulado, como sucedeu com certas mercadorias ordinárias. Mas quando o risco dum tal prejuízo parecia pouco provável, a autorização de passagem era facilmente concedida, mesmo que se tratasse de forças armadas, de polícia armada e de armas e munições, como já se viu. Este interesse nacional foi o denominador comum da política de fiscalização e de regulamentação aplicada a todas as categorias de passagem, quaisquer que tenham sido as variações no processo observado para a concessão daquelas autorizações.

21. Se, como é incontestável, se criou um costume local em relação a um direito de passagem entre Damão e os enclaves respeitante às pessoas privadas, aos funcionários civis portugueses e às mercadorias ordinárias, reputo, fundando-me na prática constante do passado, que um costume similar se tinha igualmente estabelecido quanto ao direito de passagem respeitante às forças armadas, à polícia armada e às armas e munições portuguesas. Quaisquer que tenham sido as distinções feitas pelas autoridades britânicas e indianas na concessão das autorizações de passagem entre os enclaves, da mesma forma que entre os enclaves e Damão (Damão litoral) segundo as diversas categorias, tratava-se mais de uma diferença de grau na aplicação duma política comum de fiscalização e de regulamentação aplicável a todas as categorias de passagem, do que duma diferenciação lógica quanto à extensão ou ao conteúdo do direito de passagem para as diversas categorias.

22. Convém igualmente notar que na origem Portugal possuía um direito de passagem implícita para as aldeias que lhe tinham sido assinadas para a percepção do rendimento anual que lhe fora consentido, e que esse direito englobava necessariamente o acesso das tropas, da polícia armada e das armas e munições portuguesas por território marata intermédio, entre Damão e as aldeias. De facto o artigo 11 das «Capitulações [de 1785] relativas às condições em que Portugal recebeu a pragana de Nagar-Aveli» (anexo 8 ao memorial) diz especialmente:

«... e eles sufocarão qualquer rebelião dos Colys que se produza na referida Pragana».

É verdade que esta disposição tem o carácter duma obrigação imposta a Portugal. Mas para estar em condições de cumprir esta obrigação tinha o direito, necessariamente subentendido, de utilizar todos os meios requeridos e razoáveis. Por outras palavras, tinha implicitamente o direito de levar para essas aldeias tropas, polícia armada e armas e munições portuguesas para ali sufocar a rebelião. Este direito de acesso tinha, sob o domínio dos Maratas, uma base tão válida como o direito reconhecido aos funcionários civis portugueses e às mercadorias de carácter não-militar destinadas ao seu uso. Se bem que não tenha sido muitas vezes invocado por Portugal no período marata, foi mais frequentemente exercido depois da queda do império marata, como um atributo essencial da soberania portuguesa sobre os enclaves. Tal como o direito de passagem das pessoas privadas, dos funcionários civis e das mercadorias ordinárias, transformou-se igualmente, na verdade, num direito consuetudinário, como resulta da prática uniforme e constante atrás evocada.

II

23. Aliás, existem razões suplementares para reconhecer um carácter mais extenso ao direito de passagem de Portugal.

Se Portugal funda a presente reivindicação no seu título de soberania, essa reivindicação justifica-se também pelo próprio princípio da soberania territorial. Razoavelmente, não se pode duvidar da validade deste título. Se é verdade que nenhum título deste género foi adquirido sob o domínio dos Maratas e se, durante os primeiros anos da soberania britânica, a atitude das autoridades britânicas a este respeito foi pouco conhecida, tornou-se cada vez mais evidente, com o tempo, que essas autoridades reconheciam tácitamente a soberania portuguesa sobre os enclaves. Os documentos relativos às negociações entre os comissários portugueses e britânicos com vista «à troca duma estreita tira de terreno que reuniria a Pragana de Nagar-Aveli às outras Praganas adjacentes ao forte de Damão», ainda mesmo que este projecto não se tenha realizado, vêm ainda em apoio desta conclusão. Ela é igualmente confirmada pelo Tratado de 26 Dezembro 1878 concluído entre a Grã-Bretanha e Portugal, em cujo preâmbulo se diz que estes dois Estados estão «animados do desejo... de melhorar e aumentar as relações comerciais entre os seus domínios respectivos...» Nenhuma excepção ou exclusão ficou estipulada a respeito dos enclaves nesta referência aos «domínios respectivos»; e o reconhecimento pelas autoridades britânicas da soberania portuguesa sobre os enclaves, da mesma forma que sobre outras partes das possessões portuguesas, deve igualmente ter sido implícito. Nada, no processo, indica qualquer modificação da atitude britânica desde que o Tratado de 1891 deixou de estar em vigor.

24. Quando a Índia sucedeu à Grã-Bretanha e se tornou um Estado independente, nada indica na condução das suas relações com Portugal que ela tenha adoptado uma atitude diferente com respeito às possessões

portuguesas na península indiana, a despeito das suas bem conhecidas aspirações ao «restabelecimento da sua unidade geográfica e histórica». É verdade que o consultor da Índia perguntou no decurso das suas alegações: «Quando — onde — pela voz de quem reconheceu a União Indiana a soberania territorial de Portugal?» Mas em direito internacional um tal reconhecimento não tem sempre necessidade de ser expresso ou explícito. Não exige sempre uma declaração pública; pode ser tácito.

Em todas as suas relações com as autoridades portuguesas na península indiana ou em Lisboa, o Governo da União Indiana, até aos acontecimentos de 1954, parece ter sempre considerado os enclaves bem como os outros territórios da Índia Portuguesa como pertencentes a Portugal. De facto, na nota apresentado pela Legação da Índia em Lisboa ao ministro dos Negócios Estrangeiros de Portugal com data de 27 Fevereiro 1950, «para pedir a abertura imediata de negociações relativas ao futuro das colónias portuguesas na Índia», este pedido é expressamente apresentado como visando a «reunião pacífica à República Indiana do que é agora a Índia Portuguesa». (Memorial, anexo 29). Da mesma forma, diz-se no último parágrafo de uma nota de 14 Janeiro 1953 dirigida pela Legação da Índia ao Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal:

«O Governo da Índia propôs a aceitação prévia do princípio de uma transferência directa que devia ser seguida de uma transferência de facto da administração... A soberania jurídica de Portugal seria mantida até que se adoptassem as providências consideradas úteis para tornar aplicáveis as decisões convencionadas. O Governo da Índia estimaria que o Governo de Portugal aceitasse estas propostas como ponto de partida das negociações em vista (Memorial, anexo 31).

É assim fora de dúvida que até 1953 a Índia continuou a considerar todos os territórios portugueses na Índia sujeitos à *soberania jurídica de Portugal*, sem estabelecer qualquer excepção a respeito dos enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli.

25. Como o direito internacional não estabelece nenhuma distinção entre soberanias, a existência da soberania portuguesa sobre os enclaves é tão justificada como a do Estado cujos territórios os rodeiam. E a passagem de forças armadas, de polícia armada e de armas e munições é tão indispensável ao exercício da soberania portuguesa, se não mais, como a passagem das pessoas privadas, dos funcionários civis e das mercadorias ordinárias. Mesmo que a situação de um enclave revista carácter excepcional, é inconcebível em direito internacional que a existência duma soberania dependa da vontade ou do capricho duma outra soberania. Mas, por outro lado, se é verdade que aquele direito de passagem impõe ao Estado que possui o território pelo qual se faz essa passagem uma obrigação correspondente, esse direito não poderia ser absoluto e sem restrições; pela natureza das coisas, o seu exercício deve ser sujeito à fiscalização e à regulamentação do soberano do território intermédio.

A existência de dois direitos contraditórios não é todavia, em direito internacional, um fenómeno excepcional. Na extrema complexidade das relações entre nações é muitas vezes impossível evitar que se crie uma situação deste género. Mas o problema também não é insolúvel. Exige sòmente uma adaptação e uma composição: Referindo-se aos princípios gerais de direito mencionados no art. 38-1 c), do Estatuto assim como ao direito consuetudinário e aplicando-os, conseguiu-se no passado resolver problemas semelhantes.

26. Em direito interno, como resulta dum estudo comparativo do professor MAX RHEINSTEIN, o direito de acesso aos terrenos encravados é sempre admitido. É certo que é considerável a diferença entre um direito de passagem relativo a um enclave internacional e outro que se relaciona com uma propriedade encravada pertencente a um particular. Mas seja qual for o molde em que se tenha fundido o direito interno, qualquer que seja o quadro técnico em que se contenha, quer se trate de se conformar com uma tradição nacional quer se prefira fundar-se numa ficção jurídica peculiar, o princípio subjacente do reconhecimento desse direito é essencialmente o mesmo. É um princípio de justiça, fundado na razão.

27. Em última análise, o facto de que em direito interno os prédios encravados e em direito internacional os territórios encravados sempre gozaram dum direito de passagem sobre os terrenos que os rodeiam pertencentes a outro proprietário ou sobre os outros territórios circunvizinhos pertencentes a outro Estado funda-se certamente razão ao mesmo tempo que num princípio elementar da justiça. Para esses prédios ou esses territórios o trânsito é uma necessidade, e é razoável tomar disposições para a satisfazer, tanto em matéria de direito interno como em matéria de direito internacional consuetudinário. Como tão bem disse o grande jurisconsulto holandês CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK, «em matéria de direito das gentes, a razão é soberana [...]» É a razão que impõe o reconhecimento duma regra de direito internacional costumeiro em aplicação do princípio da justiça. Só a existência desta regra de direito usual pode explicar que ao longo dos séculos, durante os quais muitos enclaves territoriais existiram e depois desapareceram no movimento das relações internacionais, nenhum destes desaparecimentos tenha sido imputável a uma recusa de passagem que conduzisse a uma sufocação ou estrangulamento geográfico. O carácter razoável do facto de dar passagem por território circunvizinho justifica a constância e a uniformidade deste uso tornado, com o tempo, um direito costumário em relação aos enclaves internacionais, quaisquer que possam ser as restrições ou as reservas que lhe sejam postas segundos os anos.

28. À primeira vista, o direito de passagem do soberano dum enclave e o direito que tem o soberano do território circunvizinho de preservar a sua soberania territorial podem parecer em oposição mas, como

já disse, eles não são nem incompatíveis, nem inconciliáveis. Se enclaves existem e prosperam hoje em muitas regiões do mundo, é porque, a despeito das dificuldades que têm podido surgir de tempos a tempos entre territórios encravados e territórios adjacentes, essas dificuldades têm sido sempre aplanadas com êxito pela boa fé e a boa vontade das duas partes. A ligação entre estas duas situações territoriais não deixam de se parecer com as dos oceanos e dos rios que neles desaguam. Acontece às vezes que a necessidade de exercer uma soberania sobre os enclaves seja mais premente do que o direito do Estado que rodeia o enclave a conservar intacta a sua soberania territorial, e outras vezes acontece o contrário; da mesma forma na rebentação primaveril das nascentes, as águas avolumadas do rio entram profundamente no oceano e, no tempo da monção, o oceano atira as suas vagas para o estuário, sem que por isso um ameace a existência do outro. As ondas coexistem e desempenha cada uma o seu lugar. Nenhum conflito intrínseco entre elas, da mesma forma que entre o direito de passagem do enclave dum Estado e a soberania territorial do Estado em que se encontra o enclave. Porque o direito internacional costumeiro não oferece menos recursos do que as leis da geografia física.

Por todas as razões que acabo de expor, entendo que o direito de passagem de Portugal entre os enclaves como estes e Damão litoral abrange as seis categorias sem excepção, na medida indispensável ao exercício da soberania portuguesa, sobre os enclaves e sob reserva do poder de fiscalização e de regulamentação da Índia.

a) WELLINGTON KOO

Voto de vencidos dos juizes WINIARSKI e BADAWI

Lastimamos muito não poder subscrever a decisão do Tribunal pela qual rejeita a sexta excepção da União indiana e como consequência se reconhece competente para conhecer do presente processo.

1. Pela sua Declaração de 19 Setembro 1929, ratificada em 5 Fevereiro 1930, a Índia tinha aceiteado a jurisdição obrigatória do Tribunal para os diferendos que se levantasse depois da data da ratificação relativamente às situações ou factos posteriores à referida ratificação.

A data de 5 Fevereiro 1930 — a que chamaremos a data crítica — foi mantida na Declaração indiana de 28 Fevereiro 1940. A dupla condição formulada nesta Declaração constitui uma importante limitação *ratione temporis* da obrigação assumida pela União Indiana.

As partes discutiram abundantemente o alcance da sexta excepção para o presente processo; fizeram-no nos seus escritos e nas suas alegações orais, tanto em 1957, durante a fase das excepções preliminares, como na fase actual do processo que respeita ao exame do fundo. O facto de o Tribunal ter, em 1957, decidido juntar esta excepção ao fundo demonstra a importância, ou mesmo a necessidade, de que estava