

no momento em que o Tribunal foi encarregado de examinar o pedido, em 22 Dezembro 1955.

O direito de passagem considerado como um todo nasceu e exerceu-se em épocas normais em que os enclaves estavam sem contestação sob a soberania portuguesa. Foi assim desde 1783 até ao mês de Julho 1954. Esta longa prática nunca foi perturbada por factos que pusessem em dúvida a autoridade portuguesa. O direito de passagem, nas suas diferentes modalidades, foi exercido em circunstâncias pacíficas.

Tal direito não foi concedido durante a longa prática assinalada anteriormente para uma situação como a que se criou nos enclaves. A existência dum governo de facto nestes é uma eventualidade não prevista e nova na prática habitual do direito de passagem.

Estas mudanças sobrevindas nos enclaves afectam as causas que deram origem ao direito de passagem e têm naturalmente o seu efeito, quer sobre o direito de passagem em si mesmo, quer sobre as suas modalidades de exercício. Tais factos novos levam a sustentar quer a suspensão do direito reconhecido, quer a extinção deste. Tanto num caso como no outro, temos de concluir que a passagem reclamada deve ser considerada impraticável.

a) ARMAND-UGON

*Voto de vencido do juiz MORENO QUINTANA*

Exprimo o meu grande pesar por não poder juntar neste processo a minha opinião à da maioria dos meus colegas do Tribunal que, sobre o fundo, admitiram, até mesmo numa maneira limitada e imperfeita, a existência dum direito de passagem pelo território indiano a favor de Portugal. Decorre da opinião da maioria uma premissa jurídica que eu não posso aceitar. Tal é a da continuidade teórica numa situação de facto, a qual foi interrompida — em minha opinião — pelos acontecimentos de 1954 nos enclaves. Porque esta implica, por definição, o reconhecimento da prescrição como modo de aquisição da soberania territorial, instituição de direito privado que eu considero estranha à técnica do direito internacional. Além disso, a decisão da maioria coloca-se unicamente numa data que não lhe permite resolver o problema que lhe é posto no seu todo.

A minha opinião dissidente baseia-se nas considerações de facto e de direito que anoto em seguida.

Por pedido de 22 Dezembro 1955, o Governo de Portugal instaurou um processo contra o da Índia, no qual pede ao Tribunal o reconhecimento dum direito de passagem para o trânsito de pessoas e bens, compreendendo forças armadas «entre o seu território de Damão (Damão litoral) e os seus territórios encravados de Dadrá e de Nagar-Aveli e entre estes», com vista a assegurar sem restrições ou dificuldades o exercício efectivo da soberania portuguesa nos referidos territórios». Pede-lhe também que declare que a Índia viola os seus compromissos

internacionais quando impede o exercício daquele direito e deve pôr termo a esta situação de facto. O memorial do requerente amplia este pedido e oferece os fundamentos de direito que considera aplicável ao caso.

No seu contramemorial, o requerido sustenta que a reclamação portuguesa é vaga e duvidosa, que ao direito de passagem reivindicado falta base jurídica, que nenhuma prova dum uso local foi produzida, e que, mesmo numa situação afirmativa, as referidas base ou prova seriam sem relação e inaplicáveis às circunstâncias do caso. O requerente, por sua vez, resume as suas conclusões na réplica com a declaração de que não discute a soberania da Índia sobre o seu território, e que simplesmente pede que este Estado não entrave as comunicações com os seus enclaves.

Prova documental abundante que remonta ao século XVIII foi fornecida por ambas as partes em apoio das suas respectivas pretensões. É principalmente por ela que o requerente deve demonstrar o bom fundamento do direito de passagem que reclama, pois não pode discutir que em princípio o trânsito de pessoas e de bens através do território dum Estado depende da competência nacional deste.

Trata-se muito principalmente, e unicamente também, de saber se existiu um direito de passagem a favor de Portugal para comunicar de Damão com os seus enclaves e entre os próprios enclaves. Porque, na afirmativa, a Índia faltaria às suas obrigações internacionais impedindo Portugal de exercer esse direito. Ora a existência nas relações internacionais dum direito é um facto que, quando contestado, deve ser provado pela parte que o invoca. Isto é um princípio elementar de processo.

A tarefa que há a executar no caso não é contudo tão simples, dadas as frequentes mudanças introduzidas pelo requerente nas suas conclusões e a própria insegurança que demonstra a respeito do fundamento do seu direito através das diferentes fases do processo. Tão depressa pede, como faz na sua petição, o reconhecimento amplo dum direito, como reduz a sua amplitude no memorial, como limita — como se vê na réplica — o exercício desse direito à regulamentação do soberano territorial e admite que a passagem das forças armadas poderia ser suspensa momentaneamente se pudesse constituir um elemento perturbador para a ordem interna do Estado de passagem. Ora, é justamente na circunstância da queda da situação nos enclaves que as necessidades de passagens de tropas se mostravam indispensáveis para restabelecer a pretensa soberania portuguesa. Um direito de passagem não é uma construção abstracta. Não pode ser definido duma maneira tão instável e imprecisa, e segundo modalidades jurídicas que se opõem umas às outras, tal como o faz o requerente. Esse direito existe ou não existe na ordem jurídica. A sua existência não pode ser submetida a flutuações, a cambiantes que as circunstâncias imporiam. Particularmente, a questão que decorre do trânsito de tropas enquadradas na sua for-

mação militar é inseparável da imunidade que as acompanha sobre ou através dum território estrangeiro. Elas representam a própria autoridade do Estado. Eis porque o direito internacional consuetudinário lhes atribui a imunidade necessária ao exercício das suas funções. Esta imunidade é, na minha opinião, como condição jurídica necessária, irrenunciável. Em síntese, um direito subordinado de cada vez à apreciação da autoridade do local do seu exercício só em disso o nome. Não constitui um faculdade jurídica mas apenas uma tolerância do soberano territorial.

Na ordem internacional, o meio normal de adquirir direitos ou de contrair obrigações é o acordo que se denomina, no sentido mais amplo, *tratado*. Pode ser também que os referidos direitos ou obrigações sejam a consequência dum costume estabelecido entre as partes com a convicção de que aplicam o direito. E mesmo — o art. 38 do Estatuto do Tribunal admite-o também na sua alínea I, letra c) — esses direitos ou obrigações podem decorrer dum princípio geral de direito reconhecido como tal pelas nações civilizadas. De qualquer maneira, e ainda que admita que a referida disposição estabelece uma ordem legal de preferência na aplicação das fontes de direito internacional, considero que a validade dum princípio geral pode suprir a existência dum costume internacional, e a existência dum tal costume a dum tratado.

O requerente não dá contudo uma base fixa e concludente ao seu direito quando o apoia umas vezes num tratado, num costume, num princípio ou subsidiariamente na doutrina. Cada uma destas fontes é — na sua tese — por si mesma um fundamento suficiente. Ele faz também uma mistura destas fontes quando diz que o direito que reclama assenta ao mesmo tempo nas três principais fontes indicadas e invoca mesmo um título histórico que lhe conferiria uma prática duas vezes secular. A posição não poderia ser mais eclética.

De qualquer maneira, o título principal de Portugal é o Tratado chamado *de Puna* concluído em 1779 com o soberano marata, o qual teria fornecido ao requerente o direito de passagem que reclama. A sua análise em primeiro lugar é duma importância capital para o julgador internacional já que ela demonstrará ou não a exactidão da base deste processo. Com efeito, a aplicação de qualquer outra fonte que não seja o próprio Tratado está logicamente submetida à questão de saber se o Tratado operou ou não uma transferência de soberania a favor de Portugal sobre os enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli. Se não fosse assim, nenhum direito de passagem poderia decorrer do facto duma usurpação territorial. Na audiência de 2 Outubro último, o professor Bourquin reconheceu expressamente que o direito de passagem reclamado por Portugal não é senão um corolário da sua soberania sobre os enclaves.

Esta maneira de proceder pode mostrar-se útil, visto que evita que se caminhe por um terreno escorregadio. Considero como tal o que se relaciona, no caso, com os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas e mesmo com o do costume geral entendido no sen-

tido de outorgar *erga omnes* um direito de passagem sobre o território de terceiros Estados a ligar, na ordem jurídica internacional, os territórios encravados à sua metrópole. Afasta-se assim, ao mesmo tempo, a consideração duma teoria tão discutida e vulnerável como a das supostas servidões internacionais. Posto que o requerente a negue — é uma questão de terminologia jurídica —, aceita-a implicitamente quando recorre aos princípios gerais de direito para apoiar as suas pretensões.

Segundo o requerente, o art. 17 do Tratado de Puna teria estabelecido a soberania portuguesa sobre os enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli e provado a intenção das partes de criar um direito de passagem entre Damão e os referidos enclaves. Um tratado pode evidente criar uma norma jurídica como a de um direito de passagem, mesmo duma maneira implícita, mas é a proposta principal da transferência de soberania que deve ser demonstrada no caso. Porque um direito de passagem sobre um território estrangeiro para comunicar com um enclave não se pode basear senão na qualidade de soberano territorial. Em nenhum dos textos deste Tratado que foram apresentados ao Tribunal se faz menção da criação desse direito. A sua terminologia é ambígua e abre a porta a todas as dúvidas. Não traduz de nenhum modo um acto tão categórico nas relações internacionais como o da transferência da soberania territorial. As restrições às soberanias dos Estados não se presumem, declarou o Tribunal Permanente no tão conhecido processo do *Lotus* (ver *Arrêts*, etc., série A, n.º 10 p. 18).

Poder-se-ia mesmo perguntar se o referido acordo constitui realmente um tratado, uma vez que não existe nenhum documento homologado simultaneamente pelas duas partes contratantes que possa ser considerado como seu texto autêntico. Mas uma análise, mesmo superficial que seja, da situação demonstra que a troca de documentos — marata de 4 Maio 1779 e português de 17 Dezembro do mesmo ano — constitui sem dúvida a expressão dum acordo consensual criador de direitos e obrigações recíprocos entre dois sujeitos de direito reconhecidos como tais nas relações internacionais. O seu art. 6 diz claramente que um tratado bilateral foi concluído e a prova documental fornecida demonstra também, em várias ocasiões, que a intenção das partes foi a de concluir um tratado e que elas tiveram consciência de assim o ter feito. A forma jurídica foi a de troca de notas. Por seu lado, a jurisprudência do Tribunal Permanente compreendeu-o desta forma no seu parecer consultivo sobre o *regime aduaneiro austro-alemão* (v. *Arrêts*, etc., série A/B, n. 41, p. 47).

Que diz este acordo? Tomarei como base o texto da tradução marata da versão original portuguesa apresentada neste caso pelo requerido, o qual tem a assinatura do vice-rei português José Pedro da Câmara e figura no anexo F, n. 23. No seu art. 17, que é determinativo para este efeito, «o Estado do Firangui (Estado Português da Índia) mantém sentimentos de amizade para com o Pandita Pradhan (soberano marata); o enviado transmitiu estes protestos. Consequentemente, foi

acordado que o Pandita Pradhan afectaria a Damão, a partir do ano corrente, um *jaguir* com o rendimento de 12.000 rupias em Prant Damão. Como consequência, um *sanad* enumerando as aldeias será concedido ao Estado Firangui por acordo separado». Este texto é claro; tão claro que faz inteira luz sobre dois pontos importantes discutidos pelas partes: a natureza do acto concluído e a da concessão outorgada. Em primeiro lugar, os termos «foi acordado» e «acordo separado» demonstram sem dúvida alguma que se trata dum tratado no sentido amplo que dão a esta palavra a jurisprudência e a doutrina internacionais. Em segundo lugar, a palavra *jaguir* qualifica o seu objecto, que é determinado pelos sentimentos de amizade que ligam os Portugueses aos Maratas. De qualquer modo, comparado um texto com o outro, não divergem grandemente a respeito do que foi dado pelos Maratas aos Portugueses: *jaguir*, segundo aqueles, *contribuição*, segundo estes. Nenhum traço, em qualquer dos dois textos, duma transferência de soberania.

Provou-se que a palavra mongol *jaguir*, que tem o seu equivalente marata em *saranjame*, significa a outorga dum rendimento fiscal e não uma transferência de soberania territorial. As partes, não estão, porém, de acordo quanto ao alcance desta concessão. Pois, enquanto a Índia sustenta que esta é um acto gracioso e precário, revogável ao arbítrio do doador, Portugal afirma que havia também *saranjames* hereditários, perpétuos e irrevogáveis, tais como os que eram garantidos por um tratado, caso que seria o debatido. Não pertence ao juiz internacional tomar posição num tal debate que não tem senão um interesse histórico. Mas é das suas atribuições, em todo o caso, fazer notar que nenhum dos qualificativos invocados por Portugal figura no texto do referido art. 17 do Tratado de Puna. Na dúvida, deve ater-se à interpretação mais restritiva. O Tribunal Permanente estabeleceu-a assim na sua decisão sobre as *concessões Mavrommatis* (v. *Arrêts*, etc., série A, n. 2, p. 19). E esta interpretação decorre, neste caso, da que dá o próprio beneficiário da concessão. O Tratado de Puna exprime por consequência da parte da Índia uma promessa de dar somas de dinheiro em função duma situação amigável e não uma transferência de soberania sobre aldeias que nem mesmo eram identificadas.

Também nenhuma referência é feita a respeito da atribuição dum direito de passagem a favor de Portugal para perceber o seu *jaguir*. Não pareceu útil às partes falar disso, vistos os sentimentos amigáveis, a ajuda e a assistência militar dos Portugueses que constituía a contrapartida da concessão outorgada pelos Maratas. Não se podia supor que a percepção do *jaguir* fosse dificultada pelo soberano marata. Além disso, as aldeias que deviam servir a anuidade prevista a favor de Portugal não eram mencionadas no Tratado; deviam sê-lo posteriormente em virtude dum *sanad*. Este acto administrativo do soberano marata podia decidir e regulamentar as condições da atribuição. As primeiras anuidades não foram cobradas pelos Portugueses em nenhuma aldeia, mas sim entregues directamente pelos Maratas. Não se pode, por con-

sequência, conceber que o referido direito de passagem tenha sido considerado no Tratado de Puna. Era em todo o caso uma questão para resolver posteriormente se se mostrasse necessário. E não o foi visto que a passagem existia como um complemento necessário da percepção do *jaguir* sem que por isso constituísse um direito independente a favor de Portugal. Mas em 1954 esta situação tinha mudado. Da amizade prometida em 1779 pelos Portugueses aos Maratas, tinha-se passado a um regime de hostilidades frias entre a Índia e Portugal. Os Indianos tinham fechado a sua legação em Lisboa em vista da negativa portuguesa para abrir negociações para a reivindicação da sua soberania sobre certos territórios da Índia. Em consequência das circunstâncias, os direitos e obrigações recíprocos decorrentes do Tratado de Puna ficaram extintos. Nunca, num caso como este, a regra lembrada por Emerich de Vattel no seu bem conhecido tratado, *Omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*, poderia ter sido melhor aplicada. O Tratado de Puna deixou de existir, o pagamento do *jaguir* não mais foi reclamado por Portugal, a passagem entre Damão, Dadrá e Nagar-Aveli perdeu a sua razão de ser.

Dois acordos concluídos muito mais tarde que o Tratado de Puna pelos Portugueses com os Maratas, em 29 Maio 1785, completaram o regime estabelecido pelo Tratado de Puna. Em virtude do primeiro, é a *Pragana* de Nagar-Aveli que é afectada ao rendimento fiscal prometido. Pelo segundo, é a aldeia de Dadrá que é afectada ao mesmo rendimento. Este último acordo estabelece no art. 11 das capitulações que o acompanharam — cuja autenticidade é posta em dúvida pela Índia — a obrigação de Portugal de sufocar as revoltas que poderiam estalar na *Pragana*. Pode-se daqui deduzir que nem esta obrigação, nem qualquer outra do seu género, teria sido especialmente inserida nas referidas capitulações se Portugal tivesse recebido a *Pragana* em plena soberania. Sufocar revoltas no seu próprio território é, com efeito, uma função implícita da competência territorial.

Por outro lado, o requerente pretendeu que, mesmo que o Tratado de Puna não tivesse transmitido aos Portugueses a soberania sobre os enclaves, estes tê-la-iam obtido em virtude de uma *possessio longi temporis*. Não posso demorar-me sobre este argumento porque esta questão não foi incluída no objecto do diferendo.

Os elementos históricos deste processo revelam que a possessão inteira de Damão está em poder de Portugal desde o século XVI. Diversos tratados e acordos posteriores parece terem-lhe reconhecido esta soberania, que não está directamente em discussão no processo. Mas o facto é importante para se apreciar a extensão do costume internacional que teria criado o direito de passagem que reclama entre esta possessão e os enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli. A prática deste costume mostrar-se-ia duas vezes secular.

Três períodos se podem distinguir no quadro histórico das relações de Portugal com a Índia para examinar as características do trânsito

entre Damão e os enclaves. O primeiro é o período marata, que vai de 1779 (data da conclusão do Tratado de Puna) a 1818, quando a Grã-Bretanha anexou o império marata. Este período — segundo o requerente — é o da formação da regra jurídica costumeira. O segundo período, que é o mais longo de todos, vai de 1818 a 1947, momento em que a Índia adquire a sua independência. Este período, que é o período britânico, seria um período de confirmação para os sucessores dos Maratas da regra formada anteriormente. O terceiro período é o da Índia independente, de 1947 a 1954, ano este no qual surgiram os acontecimentos que descontinuaram o trânsito dos Portugueses entre Damão e os enclaves. Este último período seria o da aplicação da referida regra. Cada uma destas fases históricas revela, com efeito, um carácter diferente quanto ao exercício do referido trânsito, o qual deve ser analisado duma maneira separada para dele se tirarem as consequências necessárias.

O estudo do período marata não é muito significativo quanto ao reconhecimento dum direito de passagem a favor dos Portugueses. Não há neste período nenhum acto, nenhum facto, que leve a pensar assim. Os Maratas não se opuseram ao trânsito dos funcionários, dos particulares e das mercadorias de Portugal. Uma atitude contrária teria sido anormal, visto que lhe tinham cedido os rendimentos das aldeias de Dadrá e de Nagar-Aveli e era bem preciso que dessem aos Portugueses os meios de os poderem perceber. Em compensação, não lhes deram nenhuma autorização para a passagem de tropas. Não parece, por consequência, que os Maratas tivessem abandonado a sua soberania *de jure* nem *de facto* sobre os enclaves embora passassem de cada vez as autorizações necessárias para que aquele trânsito se pudesse fazer. Mesmo apreensões dos referidos rendimentos feitas três vezes pelos Maratas parece demonstrarem que eles não tinham pensado proceder dessa forma. Em síntese, o exame deste período revela que, de cada vez que o trânsito se realizou, foi com a conformidade dos soberanos maratas. Nenhuma prova foi produzida pelo requerente de que o seu pretenso direito de passagem fosse exercido independentemente da vontade expressa em cada circunstância pelo soberano territorial.

Durante o período britânico surgiu, por tolerância para com um país ligado por uma aliança secular ou por ignorância da verdadeira situação jurídica de Portugal, um uso contínuo de trânsito entre Damão e os enclaves. No entanto, nenhum indício pôde ser referido no sentido de que a Grã-Bretanha tenha reconhecido a passagem que ela facilitava a Portugal como se se tratasse dum direito. Os Britânicos não parece terem renunciado, tão-pouco como os Maratas, ao exercício das competências que incumbem ao soberano territorial. Damão e as possessões costeiras estavam rodeadas por um cordão fronteiriço. O Governo britânico exigia passaportes e vistos aos funcionários portugueses de origem europeia que atravessassem o território indiano duma possessão portuguesa para uma outra. É preciso lembrar que, em virtude do tratado concluído em 13 Junho 1817 entre a Companhia Inglesa das Índias Orientais e o império marata, a soberania sobre esta parte do território

indiano passou para a coroa britânica. Esta situação manteve-se até 15 Agosto 1947, data em que foi reconhecida pela Grã-Bretanha a independência da Índia. As obrigações do soberano territorial passaram para o conquistador em aplicação das regras que visam a sucessão dos Estados. Nenhum acto jurídico do Governo britânico modificou o *status juris* estabelecido para os soberanos maratas a respeito dos supostos enclaves. Nem Portugal podia reclamar mais direitos do que tinha antes, nem a Grã-Bretanha lhos atribuiu. Em tais condições, nenhum costume em matéria de trânsito durante este período pôde transformar-se numa prática susceptível de engendrar um costume internacional oponível a qualquer sucessor territorial.

Uma vez tornada independente, a Índia não mudou fundamentalmente o sistema estabelecido. Não esqueçamos que a Índia, como sucessor territorial, não o era de forma alguma duma maneira originária, pois se tratava dum Estado que recobrava uma independência que já tinha tido no passado. A sua situação jurídica remontava num lance de mais dum século na história como se nada, durante a ocupação britânica, se tivesse passado. Dadrá e Nagar-Aveli aparecem como enclaves abertos em território indiano. A importação de mercadorias de Damão para os enclaves realizava-se como se fosse nesse território. Nenhuma dificuldade insuperável se levantou até 27 de Fevereiro de 1950, data em que o ministro indiano em Lisboa entregou ao Governo português um memorial a propor a abertura de negociações para fixar as condições da restituição dos territórios portugueses à Índia. Em face da negativa de Portugal, o Governo indiano notificou em 26 Maio 1953, o desse país, da extinção da sua missão diplomática em Portugal. Desde então começou da parte do Governo indiano uma série de restrições que dificultou consideravelmente as comunicações entre Damão e os enclaves. Estas foram interrompidas definitivamente em 21 Julho 1954 como consequência dos acontecimentos que ocorreram nos enclaves.

Apoiar sem uma prova categórica e concludente o pedido de Portugal neste caso, que implica a sobrevivência do sistema colonial, é caminhar às avessas no quadro da Carta das Nações Unidas.

Juiz da sua lei — a Carta das Nações Unidas — e juiz do seu tempo, o da independência de todos os povos da Terra, o Tribunal Internacional de Justiça não pode voltar as costas às realidades do mundo. «O direito internacional deve adaptar-se às necessidades políticas», disse o Tribunal Permanente de Arbitragem na sua decisão sobre as indemnizações a particulares russos (11 Novembro 1912). Eis as razões por que a Carta erigiu um dispositivo jurídico que visa a independência dos territórios não-autónomos.

A minha conclusão é que — tal como pede o Governo da Índia — nunca existiu um direito de passagem a favor de Portugal entre a sua possessão costeira de Damão e os enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli, nem entre estes. Ao Governo de Portugal deveria ter sido, em minha opinião, rejeitado o pedido.

a) LUCIO M. MORENO QUINTANA