

*Voto de vencido do juiz Sir PERCY SPENDER*

Lastimo não poder aderir à decisão do Tribunal sob certos pontos importantes, embora esteja de acordo com certas conclusões suas.

A respeito da quinta e sexta excepções preliminares apresentadas pela República da Índia a respeito da competência do Tribunal, concordo em que elas não podem sustentar-se.

Sobre o fundo, admito que Portugal possuía em 1954 um direito de passagem decorrente do costume local, na medida necessária ao exercício da sua soberania sobre os enclaves e sob a fiscalização e a regulamentação da Índia, na parte pelo menos que respeita à passagem de pessoas privadas, funcionários civis portugueses e mercadorias em geral.

Não poderia no entanto admitir que Portugal não tivesse adquirido nenhum direito de passagem com respeito às forças armadas, polícia armada e armas e munições, nem que a Índia não tenha agido contrariamente às obrigações que lhe impunha o direito de passagem que o Tribunal reconheceu a Portugal.

Exporei as minhas razões.

Não creio que seja necessário determinar se, nos termos do Tratado de Puna e dos *sanaás* de 1783 e 1785, Portugal gozava duma soberania sobre os enclaves. Seja qual for a natureza da concessão estabelecida por estes documentos, mesmo que não se tratasse senão dum *jaguir* ou dum *saranjame* que apresente sòmente carácter fiscal e revogável em qualquer momento e unilateralmente à discrição absoluta dos Maratas, esta concessão, durante toda a sua duração, implicou necessariamente um direito de passagem a favor de Portugal entre Damão e as aldeias de Dadrá e de Nagar-Aveli, e o processo prova que no decurso do período marata esta concessão envolvia um direito de passagem que, na prática e nas circunstâncias da época, era em substância o mesmo que aquele que teria decorrido duma concessão de soberania sobre essas aldeias.

A concessão foi feita para a conservação da fortaleza portuguesa de Damão. A soberania do Governo português sobre estas aldeias compreendia a percepção de impostos, a manutenção da ordem, o castigo dos criminosos e o direito de reprimir qualquer rebelião (ver Capitulações de 1785, §§ 3, 4, 7, e 11, anexo 8 ao memorial português; ver também o anexo indiano F. n. 40, p. 181). De facto, durante o período marata, Portugal praticou entre Damão e as aldeias uma passagem aplicável não sòmente ao pessoal administrativo, mas também às forças armadas e à polícia armada na medida necessária ao exercício da sua soberania sobre estas aldeias.

Esta soberania manteve-se bastante precária até perto de 1814. Parece no entanto que depois desta época foi estabelecida mais sòlidamente.

O processó estabelece além disso que a passagem exercida de facto entre Damão e as aldeias decorria efectivamente de um direito reconhe-

cido pelos Maratas. Os impostos eram percebidos em espécie. A madeira, o arroz e outros produtos era enviados para Damão; o gado tomava a mesma direcção. Os mercadores das aldeias forneciam-se em Damão. Era indispensável que os funcionários portugueses fossem frequentemente de Damão para as aldeias e vice-versa; de facto, era o que eles faziam, e faziam-no livremente. Quando as circunstâncias o exigiam, oficiais, soldados e material eram enviados de Damão para as aldeias com o objectivo de manter a ordem.

O período marata acabou em 1818 e foi seguido do período britânico.

Sustentou-se que, desde o princípio da sua soberania, as autoridades britânicas recusaram reconhecer-se ligadas por todos os direitos concedidos a Portugal pelos Maratas em virtude do Tratado de Puna e dos *sanads* de 1783 e 1785. Penso que as escrituras não corroboram esta afirmação. É verdade que as autoridades britânicas recusaram reconhecer certas isenções relativas aos direitos de alfândega e outras taxas que incidiam sobre «todos os artigos e madeira» que pudessem ser exportados de Nagar-Aveli para Damão, ou estarem ligadas por essas isenções que os Portugueses afirmavam terem-lhes sido concedidas pelo Tratado, mas nada no processo confirma que as autoridades britânicas tenham recusado aceitar o Tratado e os *sanads*.

Desde o estabelecimento da autoridade britânica, os Portugueses sustentaram que lhes fora conferida pelos Maratas soberania sobre as aldeias. É pouco provável que as autoridades britânicas não se tenham informado por sua própria conta, não somente sobre o Tratado e os *sanads*, mas também sobre a prática seguida no tempo dos Maratas em matéria de trânsito entre Damão e as aldeias. Os documentos maratas relativos à região em que estas aldeias estão situadas e aos dez anos que precederam 1818 representam muitas centenas de maços e foram expedidos de Puna para as autoridades britânicas em Bombaim em 6 Dezembro 1818. Provas precisas testemunham que os Britânicos fizeram certas pesquisas a este respeito tanto em 1819 como em 1859. É fora de dúvida, em todo o caso, que desde o princípio do período britânico e durante todo este período, quaisquer que tenham sido as premissas sobre as quais se fundava a sua conduta, as autoridades britânicas consideraram as autoridades portuguesas como soberanas sobre as aldeias (doravante designadas por «enclaves»). O processo permite concluir que os Britânicos conheciam a existência da prática seguida em 1818 em matéria de passagem e não ignoravam que os Portugueses exerciam esta passagem reivindicando-a como um direito.

Para determinar se Portugal adquiriu pelo costume um direito de passagem e, na afirmativa, para definir a natureza e o alcance desse direito, é necessário examinar a prática seguida de um período ao outro.

O método a seguir para medir a natureza e o alcance de um tal costume, se este for demonstrado, é considerar a prática, que por si mesma, no seu conjunto, o define e limita. O primeiro elemento de um costume é a existência de uma prática constante e uniforme que deve ser estabelecida antes que se possa definir um costume.

Em minha opinião, o processo faz prova dos pontos seguintes:

1. Depois de 1818, no decurso dos dois ou três primeiros decénios que se seguiram, a prática adoptada em matéria de passagem durante o período marata não sofreu modificação de carácter essencial.

2. Os Britânicos — e ulteriormente a República da Índia — reconheceram a soberania de Portugal sobre os enclaves.

Este facto está provado sem contestação possível. A atitude dos Britânicos e da Índia não permite logicamente outra conclusão. O processo abunda em exemplos que provam o reconhecimento da soberania de Portugal. [Para o período britânico: contramemorial, vol. II, anexos do Governo da Índia, pp. 158, 164, 166, 167, 169-173, 174, 225, 251, 266, 565, 584; réplica do Governo da Índia, vol. II, anexos, pp. 226, 233, 235, 249. Para o período indiano: contramemorial do Governo da Índia, anexos, pp. 398, 401, 402, 407; réplica do Governo da Índia, vol. II, anexos, pp. 250-252, 253, 267-268]. As notas dirigidas pela Índia a Portugal em 1950 e 1953 a procurar obter a cedência por Portugal à Índia de todas as suas possessões na Índia constituem em si mesmas um poderoso testemunho do reconhecimento pela Índia da soberania de Portugal.

No decurso da audiência de 12 Outubro, o consultor do Governo da Índia admitiu a existência da soberania de Portugal. Numa data ulterior, em 29 Outubro, quando o consultor do Governo de Portugal fez a seguinte pergunta: «A Índia admite que a soberania portuguesa subsiste?», a Índia não contestou que Portugal possuía ainda a soberania sobre os enclaves.

Entre as partes no presente diferendo e para os fins do presente caso, a soberania de Portugal não foi posta em dúvida.

Este reconhecimento da soberania de Portugal, tanto pelos Britânicos como pela Índia, constitui em minha opinião o facto central do presente diferendo.

3. Apesar das mais estreitas regulamentação e fiscalização exercidas de tempos a tempos sobre numerosos aspectos da passagem, a prática constante e uniforme dos Britânicos foi a de autorizar a passagem às seis categorias enumeradas na decisão do Tribunal, em medida pelo menos suficiente para permitir a Portugal administrar os enclaves de uma maneira contínua.

O Tribunal considera — e eu sou da mesma opinião — que a prática seguida no decurso do período britânico e mantida durante o período indiano teve por consequência a aquisição por Portugal, em virtude do costume local, de um direito de passagem para as pessoas privadas, os funcionários civis e as mercadorias. Em minha opinião, no entanto, a prática seguida deu origem a um costume em virtude do qual Portugal adquiriu um direito de passagem não somente para as categorias acima

referidas, mas também para as forças armadas, a polícia armada, as armas e as munições.

Convém examinar separadamente estas três últimas categorias.

Os movimentos de efectivos das forças armadas entre Damão e os enclaves foram, pelo menos desde o meado do século XIX, pouco importantes. Parece que esses efectivos tinham assumido essencialmente funções de natureza estritamente policial. Os efectivos que exerceram a passagem em qualquer das vezes eram reduzidos. As suas funções tendiam principalmente à manutenção da ordem interna nos enclaves e a passagem entre Damão e os enclaves e entre estes últimos foi em larga escala, se não essencialmente, exercida na ocasião do render dos destacamentos, da colocação ou transferência de pessoal, de gozo de licença, transporte de fundos públicos ou leva de presos debaixo de escolta e no desempenho doutras funções de natureza policial. Os movimentos da polícia armada apresentam um quadro mais ou menos análogo.

A prática constante e uniforme no decurso do período britânico foi a de autorizar, ao mesmo tempo que a submetia a uma regulamentação e a uma fiscalização, a passagem de efectivos das forças armadas e de funcionários da polícia, assim como armas e munições. Parece que nunca houve nenhuma ocasião em que esta passagem não tivesse sido autorizada.

Em 1947, a Índia, sucedendo aos Britânicos, tornou-se soberana do território intermédio. A partir dessa data e até um pouco antes do mês de Julho 1954, época em que surgiram os acontecimentos que deram origem ao presente diferendo, a prática seguida no decurso do período britânico foi mantida.

O direito de passagem reivindicado por Portugal tem um carácter indivisível, embora esteja sujeito, no seu exercício, à regulamentação e à fiscalização da Índia. Portugal não reivindicou um direito de passagem para as mercadorias e outro para as pessoas privadas, nem um direito separado para cada uma das seis categorias nas quais este direito foi subdividido para os fins da decisão do Tribunal.

Isto não apresenta no entanto nenhuma dificuldade desde que se tenha presente no espírito o carácter indivisível da reivindicação portuguesa: se assim não for, as distinções de grau estabelecidas entre a regulamentação e a fiscalização do direito de passagem exercidas pelas autoridades britânicas e ulteriormente pela Índia em diferentes ocasiões e de tempos a tempos em relação a uma ou mais destas diversas categorias arriscam-se a levar a conclusões inaceitáveis quanto à natureza e à extensão do próprio direito.

Decidindo que Portugal não possuía em Julho 1954 nenhum direito de passagem no que diz respeito às forças armadas, à polícia armada, às armas e munições, o Tribunal estabeleceu certas distinções que ele nota entre uma e outra série destas categorias; ao passo que, em minha opinião, não existem senão distinções entre os graus de regulamentação e de fiscalização; e ele considerou estas distinções como decisivas. Foi levado assim a uma conclusão respeitante ao que se pode chamar, para

maior comodidade, às três primeiras categorias, e a uma conclusão oposta em relação às outras três.

Não se poderia pôr em dúvida que a prática constante e uniforme no decurso dos períodos britânico e pós-britânico foi autorizar a passagem para as seis categorias sem excepção.

Cada uma destas categorias foi submetida, em diferentes épocas, a uma regulamentação e a uma fiscalização diferentes. Até à véspera dos acontecimentos que ocorreram em Dadrá, a passagem da pessoas privadas e dos funcionários civis estava sujeita a uma fiscalização normal, se bem que a fiscalização na fronteira tenha abrangido: durante um certo período, de 1857 a 1863, a interdição de entrar sem licença para os estrangeiros; no decurso da primeira guerra mundial a obrigação para os Europeus portugueses de se apresentarem à polícia à sua chegada a território indiano; e, a partir de 1935, a obrigação para todos os Portugueses não domiciliados na Índia de terem um passaporte para penetrar em território indiano vindo de uma possessão portuguesa pela fronteira terrestre (contramemorial, § 46). A passagem das mercadorias em geral estava sujeita, em certas épocas, a uma regulamentação alfandegária e a certas regulamentação e fiscalização exigidas por considerações de segurança ou fiscais. De facto, a Índia afirmou que a passagem das mercadorias «foi sempre sujeita à fiscalização e por vezes mesmo atingida pela interdição» (§ 358 da tréplica).

Quanto às três primeiras categorias, estas fiscalizações não impediram o Tribunal de concluir que um costume se tinha estabelecido e que ele tinha dado origem a um direito de passagem existente no mês de Julho 1954, direito sujeito ele próprio a uma regulamentação e a uma fiscalização por parte da Índia. Esta conclusão, se bem compreendo a decisão do Tribunal, decorria do facto de que não existia a respeito das pessoas privadas e dos funcionários civis nenhuma restrição que fosse além da fiscalização normal, enquanto que, no que dizia respeito a mercadorias em geral, a despeito de certas interdições citadas na decisão do Tribunal, em todos os outros casos a passagem de mercadorias era livre, «nem autorização nem licença eram exigidas».

É no facto de existir ou não a obrigação de obter uma autorização ou licença prévia para a passagem de qualquer uma destas categorias que o Tribunal descobre os elementos de uma distinção decisiva entre as três primeiras categorias e as três restantes.

Consequentemente, quando o Tribunal chega a examinar se um direito de passagem qualquer foi estabelecido para as forças armadas, a polícia armada e as armas e munições, a sua decisão a este respeito funda-se numa verificação preliminar, ou seja, que a este respeito a situação é nitidamente diferente no que respeita a estas três categorias.

Há, pois, lugar a examinar como se traduzia na prática esta diferença; a supor que alguma tenha existido, e se qualquer diferença que possa ser demonstrada é decisiva.

Em primeiro lugar, nota-se a diferença no facto de que, de 1818 a 1878, a passagem das forças armadas e da polícia armada entre as pos-

sessões britânicas e portuguesas foi regulada numa base de reciprocidade geral.

Não se vê claramente em que esta diferença possa ser decisiva. Os acordos recíprocos concluídos entre os Britânicos e os Portugueses não se limitavam à passagem das forças armadas e da polícia armada entre as suas possessões respectivas; durante certos períodos acordos recíprocos foram igualmente aplicados à passagem de certas mercadorias, em particular entre Damão e os enclaves, com isenção de direitos de alfândega ou de trânsito (ver, p. ex., anexo indiano C, n. 35; contramemorial, vol. II, anexos indianos, pp. 134, 145, 149, 158, 163, 170, 177; tréplica, vol. II, anexos indianos, p. 293).

Há que lembrar constantemente que não se trata no caso da questão geral da entrada das forças armadas ou da polícia armada britânicas ou portuguesas nas possessões respectivas dos dois Estados, mas do caso particular da passagem entre Damão e os enclaves. Na medida em que o geral cobre o particular, a regulamentação da entrada ou do trânsito numa base de reciprocidade é absolutamente compatível com o direito reivindicado por Portugal, da mesma forma que a liberdade de passagem entre Damão e os enclaves, e não é de maneira nenhuma incompatível com a existência de uma longa prática contínua que deu origem pelo costume a um direito de passagem entre Damão e os enclaves. A passagem podia ser regulamentada ou fiscalizada totalmente ou em parte por acordos da mesma forma que por actos unilaterais da parte dos Britânicos e da Índia. A meu ver, a diferença de facto enunciada não permite concluir de maneira nenhuma que, durante todo este período, os Portugueses sabiam que os Britânicos tinham o direito em qualquer momento e à sua discrição absoluta e arbitrária de interromper toda e qualquer passagem de forças armadas e de polícia armada entre Damão e os enclaves.

Para mais, a questão que nos ocupa não poderia ser tratada como se a existência dos enclaves não tivesse nenhuma importância particular; a passagem entre Damão e os enclaves não pode ser posta no mesmo plano que qualquer outra entrada no território britânico ou indiano ou que um trânsito por esse território.

Em segundo lugar, o Tribunal verifica que a partir de 1878 a situação era a seguinte: a passagem não podia fazer-se senão com autorização prévia dos Britânicos e, depois, da Índia, concedida quer em virtude de um acordo recíproco anterior, quer caso por caso, ao passo que no caso das pessoas privadas, dos funcionários civis e das mercadorias em geral não era exigida autorização prévia.

Fundando-se nestas averiguações preliminares concluiu-se que, «tomadas em consideração as circunstâncias especiais do caso», a exigência de uma autorização prévia para a passagem é a própria negação do exercício da passagem a título de direito no que respeita às forças armadas e à polícia armada. Na opinião do Tribunal, isto faz supor que o soberano territorial tinha o poder absoluto e arbitrário de recusar ou retirar a sua autorização em qualquer momento.

A natureza destas circunstâncias especiais não é evidente.

A Índia pretendeu que a essência de um direito de passagem é a faculdade de exercer essa passagem sem autorização; que a exigência de uma autorização prévia ou de uma licença é a própria negação da existência de um direito.

Não se mostra em que medida esta afirmação, que a meu ver é, como disse, infundada, foi aceite. Se a exigência de uma autorização prévia para a passagem deve constituir neste caso a própria negação do exercício da passagem a título de direito só pelo facto de certas circunstâncias especiais, importa conhecer a natureza destas últimas. Presumo que o Tribunal se refere às verificações preliminares de facto de que acabo de falar, que, em minha opinião, não apoiam a sua decisão. Não foram mencionadas outras circunstâncias especiais e eu não as conheço.

No que respeita às armas e às munições, a decisão do Tribunal parece assentar inteiramente na verificação de que desde 1878 a sua importação ou exportação foi sujeita à concessão de uma autorização prévia ou de uma licença. Parece, portanto, que não se prestou a devida atenção à prática seguida de 1818 a 1878, como se ela não tivesse nenhuma importância.

A meu ver, o processo demonstra que antes do Tratado de 1878 a prática não era a de pedir às autoridades britânicas uma autorização prévia em caso de passagem das forças armadas, da polícia armada ou das armas e munições e que não era necessário fazê-lo.

Em relação às forças armadas, o Tratado de comércio e de extradição de 1878, que deixou de vigorar em 1892, continha uma cláusula (artigo XVIII) que dispunha:

«A força armada de uma das duas Altas Partes contratantes não entrará nas possessões indianas da outra, excepto nos casos especificados nos tratados anteriores, senão para prestar mútua ajuda como está previsto no presente Tratado, ou quando tenha sido feito pedido formal para a parte que deseje a entrada da outra.»

A aplicação deste artigo era geral para a entrada em território das possessões das partes respectivas. Tinha sido proposto não pelas autoridades britânicas mas pelas autoridades portuguesas que, no decurso do século precedente, tinham constantemente feito passar forças armadas entre Damão e os enclaves. As razões pelas quais Portugal tinha pedido a inclusão desta cláusula não tinham nada que ver com qualquer questão de passagem entre Damão e os enclaves, mas ligavam-se a questões de política geral. A mais importante era o desejo de Portugal de proteger e manter a sua soberania sobre as suas possessões do ultramar na Índia. Ele explicou «o sentido exacto deste artigo» (ver anexo indiano F., n. 54, tréplica, vol. II, p. 227).

Depois da entrada em vigor do Tratado e até 1890, se é verdade que em certas épocas foi pedida autorização prévia, membros das forças armadas portuguesas tiveram, muitas vezes, de circular entre Damão

e os enclaves sem ter pedido nem recebido autorização prévia. Os Portugueses afirmam que se contaram vinte e três casos deste género. Qualquer que seja o número exacto, ressalta claramente do processo que houve vários (anexo indiano F., n. 53, tréplica, vol. II, pp. 212, 213, 214, 216, 218, 219 e 220).

Disto resultou em 1890 e 1891 uma troca de correspondência entre as autoridades britânicas e portuguesas durante a qual a posição das primeiras foi que, em virtude do artigo XVIII do Tratado, um pedido formal de autorização era necessário em todos os casos, de cada vez que as forças armadas portuguesas atravessassem o território britânico. Não é necessário decidir a questão de saber se as disposições do artigo XVIII justificavam a interpretação que então lhe deram as autoridades britânicas. O facto é que, depois, os Portugueses criaram o hábito de solicitar autorização prévia, o que constituía um desvio em relação à prática administrativa seguida antes de 1878.

Chegando à sua conclusão quanto à prática seguida para a passagem de forças armadas, o Tribunal parece ter sido profundamente influenciado por uma carta do governador-geral da Índia Portuguesa ao governador de Bombaim, datada de 22 Dezembro 1890 (anexo F., n. 53, tréplica, vol. II, p. 215) e pelo Tratado luso-marata de 1741. Mas, uma vez examinados, creio que estes documentos não oferecem mais do que um frágil apoio a esta conclusão.

Em 8 Dezembro 1890, o Governo de Bombaim enviou ao Governo português da Índia uma comunicação segundo a qual «homens em armas ao serviço do Governo português têm o *hábito* de atravessar sem para isso formular *oficialmente* o pedido» entre Damão e Nagar-Aveli, o que parecia contrário ao artigo XVIII do Tratado de 1878. Foi a esta tese jurídica que respondeu em 22 Dezembro o governador-geral da Índia Portuguesa, dizendo nomeadamente: «Sobre um assunto tão delicado, permito-me fazer observar que as tropas portuguesas não atravessam nunca o território britânico sem autorização prévia e que *pequenos destacamentos*, de cada vez que encontram nas suas deslocações um posto militar ou qualquer outra força ou autoridade britânica, param e não continuam o seu caminho sem ter pedido e obtido nova autorização. Esta prática foi observada durante séculos, em observância dos tratados e por deferência para com as autoridades britânicas.» O Governo de Bombaim respondeu por uma carta de 9 Abril 1891 em que é declarado que em vários casos a necessidade de um pedido de autorização, exigida nos termos do artigo XVIII do Tratado, não foi respeitada. Mas estava no entanto muito claramente indicado que a autorização, quando for solicitada para as forças armadas portuguesas, será concedida «*conforme a prática seguida no passado*» (Tréplica, vol. II, anexos indianos, p. 223).

Qualquer que seja o sentido exacto que se ligue ao enunciado na carta do governador-geral português, creio que da correspondência pertinente ressalta:

- a) Que o pedido de autorização era sobretudo tratado como uma



formalidade ainda que ela tivesse a sua importância. O «pedido formal» exigido nos termos do artigo XVIII do Tratado devia ser feito em primeiro lugar.

b) Quando a licença era solicitada, era conferida «em conformidade com a prática seguida no passado».

Parece-me ressaltar bastante claramente dos outros elementos do processo que esta carta do governador-geral português não poderia ser aceite como demonstração de que a prática anterior a 1878 quanto à passagem das forças armadas entre Damão e os enclaves era solicitar e obter uma autorização ou que uma autorização prévia fosse necessária.

A Índia sustentou que, desde da entrada em vigor do Tratado em 1879, a autorização era necessária (tréplica, § 355). Mas «o facto é que antes de 1879 a entrada das *tropas* ou da *polícia armada* de um governo em território do outro era regida por um acordo recíproco. *Tornava-se pois inútil*, dada a existência deste acordo, *fazer um pedido oficial de passagem e conceder uma autorização por ocasião de cada entrada*» (§ 333 da tréplica). (Ver igualmente § 296 da tréplica e § 132 e 136 do contramemorial; anexo indiano F., n. 53, tréplica, vol. II, pp. 216, 218, 219 e 220; anexo indiano C., n. 39 contramemorial, vol. II, p. 192-193).

Quanto ao Tratado de 1741, que se refere a circunstâncias e a uma época quarenta anos anterior à entrada dos Portugueses na posse dos enclaves, parece bastante longe das questões que fomos chamados a tratar para não poder ser de uma grande utilidade. Parece assim claro que antes de 1878 os Portugueses não tinham o hábito de solicitar uma autorização prévia e não nos parece que uma tal situação fosse necessária antes da passagem.

Quando do Tratado de 1878, a cristalização num costume da prática existente entre 1818 e 1878 estava já muito avançada, se é que não se tinha já tornado nessa época em costume local, como me inclino a crer.

No entanto, todas as vezes que depois disso autorização era de facto pedida, a passagem era autorizada, não de uma maneira geral, mas sempre. Era concedida «em conformidade com a prática seguida no passado».

No caso da polícia armada, diferentes acordos foram concluídos em diversas épocas ou práticas administrativas variáveis foram seguidas durante certos períodos. Tão depressa nenhuma autorização prévia era solicitada ou parecia não ser necessária, como podia ser exigida, ou considerava-se necessária quando os efectivos que deviam fazer a passagem ultrapassavam certo número. Algumas vezes também, parece ter sido apenas exigida uma notificação prévia (ver, p. ex., anexo indiano C, n. 53, contramemorial, vol. II, p. 307 (1912); anexo indiano C, n. 57, *ibid.*, p. 323 (1940)). Era necessário impor «uma certa fiscalização ou uma certa regulamentação aos movimentos da polícia armada» (*ibid.*, p. 324). No entanto, não parece que qualquer autorização prévia tenha sido necessária antes de 1878 e não se refere qualquer uso a impor a solicitação de semelhante autorização.

Para o caso das armas e das munições, a prática corrente depois de 1878 era a de solicitar autorização prévia. Mas as provas não demonstram que assim fosse durante o período de 1818-1878 ou que durante este período os Portugueses tivessem por hábito solicitar a autorização.

Mas admitindo que fosse de outra forma e que tenha sempre existido uma obrigação, quer de carácter administrativo, quer emergente de um acordo aplicável a título geral, ou, especificadamente, à passagem entre Damão e os enclaves a impor a solicitação de uma autorização prévia antes de fazer entrar ou transitar forças armadas, polícia armada ou armas e munições em território britânico e mais tarde em território indiano, o facto, a meu ver, não exclui que um costume tenha nascido e criado a favor de Portugal um direito de passagem sempre sujeito, bem entendido, à regulamentação e à fiscalização exercidas pelo soberano do território intermédio.

Portugal sempre precisou que o exercício do direito que reivindica como provindo do costume local é sujeito à regulamentação e à fiscalização da Índia. A despeito da regulamentação e da fiscalização aplicadas de tempos a tempos a todas as categorias, a prática constante e uniforme durante mais de cento e vinte e cinco anos foi, para as autoridades britânicas como para a Índia, a de autorizar a passagem de cada uma dessas categorias. Nunca esta prática foi modificada até à época dos acontecimentos de 1954.

A regulamentação e a fiscalização tomam diferentes formas que podem variar de tempos a tempos. Como variam os tempos e as circunstâncias, assim podem também variar a regulamentação e a fiscalização. A obrigação de obter uma autorização prévia antes de agir é uma forma corrente, útil e prática de regulamentação e de fiscalização administrativa. (Ver no presente processo, por exemplo, contramemorial, vol. II, anexo indiano D, n. 4; *Act* de 5 Dezembro 1857 relativo aos estrangeiros, que dispõe que nenhum estrangeiro pode viajar nem transitar em território britânico se não estiver munido de uma licença revogável em qualquer momento; anexo D, n. 5; *Act* de 12 Fevereiro 1864, que contém disposições similares no sentido de interditar *inter alia* aos súbditos dos Estados estrangeiros a travessia do território da Índia britânica sem o consentimento deste Estado). A obrigação de pedir uma autorização prévia não é necessariamente incompatível com o direito de agir. Os sistemas jurídicos de um grande número de países fornecem exemplos que testemunham que antes de exercer um direito reconhecido há lugar a solicitar autorização para o exercer, mas que o direito de conceder ou de recusar esta autorização é sempre interpretado não como uma discrição equilibrada, cujo uso deve ser razoável e não caprichoso, e que deve ser exercido com toda a boa-fé.

No presente caso, no que respeita as três categorias para as quais o Tribunal concluiu por um direito de passagem em proveito de Portugal, foram instituídas em diferentes épocas fiscalizações normais ou certas disposições de regulamentação e de fiscalização impostas por considerações de segurança ou fiscais. É bastante significativo que, enquanto

a passagem de certas mercadorias foi totalmente interdita em diferentes épocas e por períodos bastante longos, a passagem das forças armadas, da polícia armada e das armas e munições tenha sido sempre autorizada até à época que precedeu imediatamente o mês de Julho 1954. A prática constante e uniforme para estas seis categorias sem excepção era a de autorizar a passagem na medida necessária ao exercício da soberania portuguesa, sob reserva, no entanto, de diversas fiscalizações exercidas de tempos a tempos.

Em relação a qualquer das três primeiras categorias, a decisão do Tribunal confirma que o direito de passagem decorrente do costume local pode equitativamente, no que respeita a questões ligadas ao exercício desse direito, ser fiscalizado e regulamentado pela Índia. O costume, que criou este direito, submeteu-o à regulamentação e à fiscalização do soberano do território intermédio.

Considero que o mesmo acontece em relação às forças armadas, à polícia armada e às armas e munições sobre as quais, por motivos evidentes, pode ser indispensável exercer uma fiscalização e uma regulamentação mais estreitas. Os movimentos de qualquer destas categorias em território intermédio, a sua importância numérica ou outra, e a razão pela qual a passagem é pedida, a época, o itinerário e outras modalidades de trânsito são outros tantos elementos que podem, equitativamente, ser objecto de fiscalização e de regulamentação (cfr. anexo indiano C, n. 57, contramemorial, vol. II, p. 324).

Quer se tratasse de mercadorias, de pessoas ou de funcionários civis, de forças armadas ou de polícia armada, ou de armas e munições, a prática constante e uniforme foi a de autorizar a passagem. Cada uma destas categorias deu lugar a fiscalizações de diversos tipos exercidos em diferentes ocasiões ou no decurso de diversos períodos. Mas não existia senão uma diferença de grau entre essas fiscalizações. A formalidade administrativa que consistia em solicitar uma autorização prévia para uma ou várias destas categorias não tem um carácter mais decisivo no presente diferendo do que teve a interdição geral da passagem de mercadorias promulgada no decurso da segunda guerra mundial nem as interdições postas ao trânsito de diferentes tipos de mercadorias. A meu ver, cada uma destas providências integrava-se na regulamentação e fiscalização do exercício do direito de passagem. Em princípio, não vejo nenhuma diferença decisiva entre cada uma das disposições sobre regulamentação e fiscalização que foram aplicadas às diversas categorias em diferentes épocas.

O Tribunal, na sua decisão, dá apenas uma atenção reduzida, para não dizer inexistente, ao facto de os Britânicos e a Índia terem reconhecido a soberania portuguesa sobre os enclaves, reconhecimento que no entanto, não só era, incontestável, mas ainda constitui o facto central deste caso. Outro facto vital e incontestável: o exercício desta soberania exigia a outorga de uma certa passagem aos Portugueses. Outro ainda: o reconhecimento desta situação tanto pelos Britânicos como pela Índia.

Durante o debate oral, o consultor do Governo da Índia admitiu

«que Portugal não podia exercer a sua soberania se lhe interditassem toda a passagem de agentes oficiais e, o que é actualmente o caso, de forças de polícia». Os factos atrás mencionados revestem importância particular para determinar se o costume criou um direito de passagem e, na afirmativa, definir a sua natureza e alcance. A manutenção da ordem interna é um aspecto essencial do exercício da soberania. A sua manutenção nos enclaves era impossível desde o momento em que se recusasse inteiramente o acesso aos agentes governamentais portugueses, à excepção dos funcionários civis não armados.

A história dos enclaves, a sua situação geográfica, o reconhecimento da soberania de Portugal sobre eles, a necessidade evidente de um certo direito de passagem suficiente para permitir a Portugal exercer ali a sua soberania, tais são os elementos em função dos quais convém apreciar a atitude das partes e a prática por elas seguida. A soberania não é um simples estatuto, implica a faculdade de exercer os respectivos direitos. Reconhecer que a soberania sobre os enclaves pertencia a Portugal era reconhecer igualmente os direitos de Portugal para ali exercer a sua soberania; sem o que o reconhecimento da soberania seriam palavras vãs.

Para que Portugal possa exercer os seus direitos de soberania, a passagem não somente de pessoas privadas, de funcionários civis portugueses não armados e de mercadorias em geral, mas também de forças armadas, de polícia armada e de armas e munições, era de facto indispensável. Como a necessidade de passagem está implicitamente contida na própria existência dos enclaves, o reconhecimento da soberania portuguesa, considerada conjuntamente com a prática constante e uniforme que foi seguida, demonstra, a meu ver, que Portugal tinha adquirido um direito de passagem para cada uma das seis categorias consideradas numa data muito anterior aos acontecimentos de 1954.

Dada a passagem prolongada e ininterrupta autorizada pelos Britânicos e pela Índia para as forças armadas, a polícia armada, as armas e munições, e tendo em consideração todas as circunstâncias do caso, é muito mais lógico concluir que os Britânicos e a Índia se reconheceram sujeitos, cada um deles, à obrigação de sob sua regulamentação e fiscalização autorizar esta passagem, em vez de deduzir daí que a questão da passagem dependia exclusivamente da sua discricção absoluta e arbitrária e que lhes era lícito, em qualquer momento, se tal fosse o seu desejo, pôr fim para sempre à passagem, isolar na prática os enclaves da autoridade portuguesa e assim impedir efectivamente os Portugueses de exercerem sobre os enclaves a soberania que lhes era reconhecida.

Em minha opinião, o processo prova a existência no decurso dos períodos britânicos e pós-britânico de uma prática aceite pelas partes como sendo o direito, que consistia em autorizar a passagem das forças armadas, da polícia armada e das armas e munições, assim como a das pessoas privadas, dos funcionários civis e das mercadorias em geral, na medida necessária ao exercício da soberania portuguesa sobre os enclaves e sob a regulamentação e a fiscalização da Índia, tendo em vista,

mas somente em vista, a normal administração quotidiana dos enclaves, compreendendo nesta a manutenção do direito e da ordem.

Uma vez estabelecido um direito de passagem, a Índia ficou sujeita à obrigação correspondente de não impedir o exercício desta passagem; a Índia podia submetê-lo à sua regulamentação e à sua fiscalização; não podia impedi-lo nem torná-lo nulo ou ilusório.

O Tribunal considerou que não se tinha provado contra a Índia nenhuma falta às suas obrigações internacionais. Mais desta vez, lastimo não poder partilhar este ponto de vista, mesmo presumindo — como o faço nesta parte da minha declaração — que o direito de passagem adquirido por Portugal era limitado às três primeiras categorias mencionadas na decisão do Tribunal.

Em 1954, a Índia não reconheceu a existência de qualquer direito de passagem a favor de Portugal. Convenceu-se de que lhe era inteiramente lícito, se esse fosse o seu desejo, recusar a Portugal qualquer acesso aos enclaves.

Para resolver a questão de saber se a Índia cometeu qualquer falta às suas obrigações, é conveniente, a meu ver, situá-la no quadro de certos acontecimentos surgidos no decurso de um período relativo a quatro anos antes do mês de Julho 1954. Estes mostram como Portugal e a Índia se afastaram progressivamente um do outro e como se foram apertando as restrições impostas a qualquer movimento dos Portugueses para penetrar no território indiano ou atravessá-lo, até abrangerem, final e especificadamente, as deslocações entre Damão e os enclaves.

Em 27 Fevereiro 1950, o Governo da Índia tomou contacto com o Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal para lhe dar conhecimento de que em seu parecer Portugal deveria aceitar a integração na República da Índia dos seus territórios da península indiana. Pedia a Portugal uma aceitação de princípio, e as modalidades de execução deviam ser objecto de negociações.

Por um memorando com data de 15 Junho 1950, Portugal respondeu que não poderia encarar a transferência de qualquer território português.

Ao receber este memorando, o ministro da Índia em Portugal declarou que o seu Governo não poderia aceitar a recusa oposta por Portugal à proposta da Índia como um arrumo definitivo da questão, nem contentar-se com a manutenção da situação existente.

Em 14 Janeiro 1953, o Governo da Índia dirigiu uma nova nota sobre o mesmo assunto ao Governo de Portugal. Pedia a aceitação prévia do princípio de uma transferência directa, que deveria ser seguida de uma transferência de facto da administração. «Há daqui em diante incompatibilidade entre o estatuto da Índia [...] e a manutenção no seu solo de bolsas de território estrangeiro, por mais pequenas que sejam». [...] «O Governo da Índia chegou à conclusão de que nenhuma solução do problema é já possível, se não for na base de uma transferência directa que assegurará em data próxima a reunião destes territórios à União Indiana.»

Como Portugal se tivesse absterido de responder a esta renovação do pedido e recusado a discutir a questão duma transferência directa com o encarregado de negócios da Índia, a Índia, por uma nota de 1 Maio 1953, fez saber a Portugal que se propunha fechar a sua legação de Lisboa, a menos que o Governo português se mostrasse disposto a discutir a questão da transferência directa. A nota acentuava mais uma vez que, segundo a tese do Governo da Índia, as possessões portuguesas deveriam tornar-se parte integrante do território da União Indiana.

Em 15 Maio 1953, Portugal respondeu às duas notas que precedem. Mantinha a sua recusa de discutir o pedido da Índia e pedia-lhe que revisse os seus projectos de fechar a sua legação em Lisboa.

Em 26 Maio 1953, a Índia notificou Portugal de que a sua legação estaria fechada a partir de 11 Junho 1953.

Em Outubro 1953, a Índia interditou o trânsito em território indiano de forças de polícia ou de pessoal militar português armados.

Em 2 Dezembro 1953, a legação de Portugal em Nova Deli, numa nota dirigida ao Ministério dos Negócios Estrangeiros da Índia, declarou o que segue: tinha sido trazido ao seu conhecimento que as autoridades indianas tinham proibido, a partir de 26 Novembro 1953, a passagem por território da União Indiana entre Damão e Nagar-Aveli do governador do distrito de Damão, dos funcionários europeus e do carro da polícia portuguesa, a menos que se mostrassem munidos de passaportes com o visto indiano. A nota portuguesa acentuava que esta determinação tornava «difícil a administração dos referidos territórios» e parecia revestir carácter hostil.

Na sua nota de 23 Dezembro 1953, a Índia, fazendo menção desta queixa, declarou ter-se visto forçada a rever a sua atitude em razão «da atitude geralmente hostil» dos Portugueses e «do uso abusivo» que se fazia das concessões de que beneficiavam até ao presente os funcionários portugueses. No entanto, a fim de facilitar a administração de Nagar-Aveli, o *District Magistrate* de Surate estava «a título de caso muito particular» autorizado a conceder vistos de trânsito a funcionários portugueses europeus de serviço permanente em Damão e Silvassá, mas não se podia pensar em fazer qualquer outra concessão. Esta prática em matéria de trânsito entre Damão e Nagar-Aveli constituía, a meu ver, uma inovação (ver anexos 35 e 39 do memorial do Governo de Portugal e anexos E, 51 e 52 ao contramemorial do Governo da Índia). A inovação foi objecto de novos protestos da parte dos Portugueses em 18 Janeiro e 11 Fevereiro 1954 (anexos 39 e 40 ao memorial). A nota de 18 Janeiro (§ 4) declarava: «Os governadores de Damão, como os outros funcionários do distrito, incluindo os Europeus, foram sempre autorizados, em virtude do costume e da tradição, a atravessar o território indiano entre Damão e Nagar-Aveli [...] sem nenhuma formalidade de visto e sem se apresentarem às autoridades indianas.»

Em 3 Fevereiro 1954, a passagem por território indiano, em proveniência ou na direcção das possessões portuguesas na Índia, de armas e de munições de qualquer natureza que fossem, foi proibido, deter-

minação que entrou em vigor imediatamente. Esta interdição applicava-se igualmente ao pessoal civil e militar português, com excepção unicamente do governador-geral e dos agentes diplomáticos e consulares de carreira acreditados junto do Governo da Índia (anexo 45 ao memorial).

Chegamos agora aos acontecimentos ocorridos em Dadrá e Nagar-Aveli.

Importa, a meu ver, examinar separadamente o que se passou em Nagar-Aveli e em Dadrá. A Índia considerou sempre neste processo essas duas séries de acontecimentos como se constituíssem em substância um facto único. Existe, bem entendido, uma ligação entre eles, mas nem por isso são menos distintos.

Na noite de 21 Julho 1954 um grupo de homens entrou em Dadrá vindo de território indiano com o objectivo de usurpar a administração. Houve uma refrega. Dois oficiais portugueses foram mortos. A resistência dos Portugueses foi vencida e a sua dominação afastada.

Em 13 Junho 1954, as autoridades indianas tinham interrompido o trânsito de veículos entre Damão e os enclaves. Em 17 Julho seguinte, a Índia tinha «decidido introduzir certas modificações nas concessões outorgadas até ao presente à administração portuguesa de Damão e de Nagar-Aveli», modificações que entraram em vigor imediatamente. Impunha certo número de novas restrições, das quais a mais importante era a seguinte: «O transporte através do território indiano de armas de fogo, de munições e de fornecimentos militares por um oficial português, ou por conta do Governo da Índia portuguesa, será interdito.» Na véspera de 21 Julho, o governador de Damão, que se dirigia a Dadrá, foi impedido de atravessar a fronteira. Segundo a tese indiana, tinham-lhe simplesmente pedido que fornecesse certas precisões a respeito do seu visto de regresso; ele recusou-se, declarando que obteria vistos separados para as viagens de ida e volta, o que fez, e atravessou a fronteira com destino a Dadrá em 21 de Julho. Ao mesmo tempo, em 20 Julho 1954, um autocarro do serviço regular entre Damão e Nagar-Aveli foi obrigado a fazer marcha atrás quando se aproximava de Dadrá.

A Índia declara:

«Em Abril 1954, a situação em matéria de viagens entre as possessões e a Índia era a seguinte: os Goses que não fossem funcionários do Governo português podiam entrar no território indiano sem formalidades e af deslocar-se livremente; os nacionais indianos podiam igualmente penetrar em possessões portuguesas sem passaporte nem visto obrigatórios, mas deviam apresentar-se às autoridades de policia num certo prazo a contar da data da sua chegada e eram submetidos à inspecção dos seus documentos de identidade [...] Os Portugueses de origem europeia e os cidadãos portugueses indigenas ao serviço do Governo português deviam apresentar guias ou passaportes com visto de entrada ou de trânsito na Índia. Esta entrada ou este trânsito não foram objecto de nenhuma interdição até ao momento da insurreição

*de Dadrá. Na véspera da insurreição de Dadrá, ou seja, em 21 Julho 1954, o governador de Damão tinha sido autorizado a entrar na Índia para se dirigir a Dadrá e voltar a coberto de vistos concedidos pelo Governo indiano. Depois da insurreição de Dadrá, o Governo indiano deixou de conceder vistos aos Portugueses de origem europeia ou aos cidadãos portugueses indígenas ao serviço do Governo português que desejassem ir a Dadrá e a Nagar-Aveli» (Contramemorial do Governo da Índia, § 211).*

Em 26 Julho, o Governo português pediu que delegados do governador de Damão (se necessário, limitados ao número de três) fossem autorizados a dirigir-se a Nagar-Aveli a fim de entrar em contacto com a população, examinar a situação e tomar, no local, as providências necessárias. O pedido precisava que, se possível, esta delegação iria igualmente a Dadrá para ali estudar a situação. A delegação poderia entretanto ir directamente de Damão a Nagar-Aveli sem necessariamente passar por Dadrá. Este pedido não foi atendido (anexo 52 ao memorial).

Tudo isto se passou antes de se dar fosse o que fosse em Nagar-Aveli. Foi somente em 29 Julho que ocorreu o primeiro acontecimento que rematou no decurso do mês de Agosto com o derrubamento da autoridade portuguesa em Nagar-Aveli. Até 29 Julho a situação manteve-se normal.

Desde os acontecimentos de Dadrá, a passagem de todos os funcionários ou empregados civis portugueses com destino a um ou outro dos enclaves é proibida. Toda a passagem tem sido recusada. Em minha opinião, a interdição de qualquer passagem e a recusa de qualquer novo visto aos funcionários civis portugueses tanto indígenas como europeus, seguida da recusa de autorizar a passagem pedida por alguns delegados — a recusa de autorizar toda a passagem com destino aos enclaves constituiu uma falta da Índia às suas obrigações internacionais correspondentes ao direito de passagem de Portugal, a menos que se possa desculpar este acto admitindo que depende da restrição que atinge o direito de Portugal e submete o seu exercício à regulamentação e à fiscalização da Índia.

A Índia sustenta que concedendo a passagem ter-se-ia arriscado a aumentar a tensão e a levar a consequências desastrosas.

Convém observar que a Índia não pretendia de nenhuma forma regulamentar ou fiscalizar o direito de passagem de Portugal. A sua atitude é que este direito não existia.

Se a Índia tivesse de facto pretendido regulamentar e fiscalizar o direito de passagem de Portugal, teria sido necessário procurar se as disposições tomadas por ela eram na realidade uma regulamentação ou uma fiscalização do direito de passagem, ou se elas tinham outro e diferente fim. Teria sido necessário procurar se propriamente se tratava de facto de uma fiscalização e de uma regulamentação, ou se a providência visava o direito de passagem em si, em termos de o tornar nulo. Neste



caso, a Índia não poderia estar numa melhor posição do que estaria se tivesse pretendido regulamentar e fiscalizar o direito de passagem de Portugal.

Em minha opinião, a chave da questão de saber se as disposições eram ou não contrárias à obrigação de se conformar com o direito internacional adquirido por Portugal encontra-se na conduta da Índia e na série de limitações progressivas que ela impôs ao direito de passagem desde 1953. A recusa de conceder vistos a qualquer funcionário civil depois da incursão de Dadrá e a recusa de autorizar a passagem para Nagar-Aveli dalguns delegados do governador de Damão não devem ser examinadas isoladamente. São factos que entram num contexto histórico.

O exame das provas obriga-me a concluir que o fim dominante da Índia imediatamente a seguir aos acontecimentos de Dadrá, fim ao qual estavam subordinadas todas as outras considerações, era de interditar no futuro aos Portugueses qualquer acesso aos enclaves. Por motivos sem nenhuma relação com qualquer regulamentação ou fiscalização da passagem propriamente ou de um direito de passagem, a Índia não estava disposta a autorizar os funcionários civis ou qualquer agente do Governo a ir aos enclaves fossem quais fossem as circunstâncias, e agia em consequência. Os actos da Índia antes dos acontecimentos que se produziram em Nagar-Aveli isolaram esta região das autoridades portuguesas de Damão, e este isolamento tem-se mantido desde então.

A condição que subordina, no seu exercício, o direito de Portugal à fiscalização e regulamentação da Índia não fornece aqui nenhum argumento à Índia. Está demonstrado que esta violou a sua obrigação internacional. A meu ver, era o que o Tribunal deveria ter dado por provado, para então proceder ao exame da situação que daí resultou e das teses invocadas pela Índia no sentido de que qualquer obrigação relativa à passagem que lhe poderia incumbir em Julho 1954 devia ser considerada caduca ou ininvocável contra ela em resultado das circunstâncias e dos acontecimentos ocorridos desde então.

a) PERCY SPENDER

*Voto de vencido do juiz M. CHAGLA*

Em meu parecer a quinta e sexta excepções preliminares da Índia deveriam ser consideradas e o Tribunal deveria julgar que não tem competência para conhecer do pedido de Portugal.

*Quinta excepção* — Quanto à quinta excepção, ela não oferece mais, quanto a mim, do que um interesse teórico, e nada tenho a acrescentar ao que já disse a este respeito na minha opinião dissidente sobre as excepções preliminares.

*Sexta excepção* — Pouco tenho a acrescentar ao que já ficou dito na minha opinião dissidente sobre as excepções preliminares. Posso resumir