

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

numa frase esta objecção: o verdadeiro diferendo diz respeito à obrigação da Índia e não violação desta obrigação; e a origem do diferendo reside nos pontos de vista opostos da Índia e de Portugal quanto ao verdadeiro efeito jurídico dos acontecimentos que se desenrolaram desde 1779. Assim apresentados é evidente que as situações e factos invocados a respeito desta excepção se situam antes de 1930.

Para mais, o Tribunal não é competente para decidir sobre factos e situações anteriores à data pertinente. A questão pode ser encarada sob três aspectos. As partes podem não se opor quanto a estes factos e situações, caso em que não há lugar a decidir — foi o que se passou no processo da *Electricité*, em que as decisões arbitrais do Tribunal não eram contestadas. O segundo aspecto é aquele em que os factos e situações podem não representar senão uma parte das *res gestae* e mesmo não ter nenhuma relação de causalidade com o diferendo. Ainda aí não é necessário decidir, no sentido exacto da palavra. Mas o terceiro caso é aquele que nós tratamos aqui. Se existe uma relação de causalidade entre os factos e situações e o diferendo ou ainda se os factos e situações são a origem do diferendo, o Tribunal decidiria desde logo sobre o que o Estado que sujeita a sua causa à competência do Tribunal expressamente excluiu da declaração em que aceitou a jurisdição dele. Era o caso no processo dos *Fosfatos de Marrocos*, em que o *dahir* de 1921 era anterior ao período visado.

O objecto desta reserva *ratione temporis* é evidentemente subtrair à competência do Tribunal os diferendos antigos. No presente processo pede-se ao Tribunal que decida entre as opiniões divergentes das partes sobre situações e factos que datam de duzentos anos. Vejamos as coisas com realismo: a Índia está muito felizmente em condições de produzir um volume considerável de documentos que lhe permitam refutar a pretensão portuguesa e demonstrar a sua inanidade. Mas estaria em muito má situação se a prova não tivesse sido conservada ou tivesse sido destruída. Quando a Índia fez em 1940 a sua declaração, não previu seguramente que problemas e situações que datam de antes de 1930 e que por vezes remontam a duzentos anos seriam submetidos ao Tribunal Internacional e que ela seria chamada a explicá-los e a prestar deles contas.

É precisamente a razão dada pelo Tribunal no processo dos *Fosfatos de Marrocos* quando fala «em excluir a possibilidade de ver deferidos por pedido ao Tribunal situações ou factos que remontam a uma época em que o Estado requerido não estaria sequer em condições de prever o recurso de que poderiam ser objecto estes factos e situações».

Portugal esforçou-se por estabelecer uma distinção entre a origem do direito e a origem do diferendo — e declara que os factos e as situações anteriores a 1930 respeitam à origem do direito de Portugal. Há um erro evidente neste argumento. Se existe uma divergência ou uma diferença entre as partes quanto às origens do direito reivindicado, é desde logo evidente que esta divergência ou esta diferença constitui a origem do diferendo submetido ao Tribunal. No processo da *Electricité*, a fonte

do direito eram as decisões do tribunal misto. Nenhuma diferença ou nenhuma divergência opunha as partes em relação a essas decisões. Foi precisamente por isso que o Tribunal decidiu que a data das decisões não tinha de ser tomada em consideração em relação à reserva *ratione temporis*.

Não se pode pretender, como faz Portugal, que a respeito da reserva *ratione temporis* o único factor que se pode ter legitimamente em conta são os actos ilícitos da Índia de que Portugal se queixa. Esses pretensos actos ilícitos não são senão os incidentes que provocaram a crise e obrigaram Portugal a apresentar-se perante este Tribunal. Não têm nenhuma relação com a controvérsia que opõe as partes. E se esta controvérsia vem de mais longe que 1930, é evidente que a competência do Tribunal está excluída.

Portugal afirma que o diferendo respeita ao direito de passagem e à sua violação: o que não é exacto, estritamente falando. A substância do diferendo respeita ao direito de passagem. A questão da violação deste direito é secundária em relação à do direito. Se não houver direito não pode haver violação. A violação não constitui senão uma agravação do motivo da acção que permitiu a Portugal vir perante o Tribunal.

O consultor de Portugal invocou o exemplo de uma dívida e da falta de pagamento dessa dívida. Considero que, se a dívida foi contraída antes da data pertinente e se o Tribunal se deve pronunciar sobre a sua validade, este não será evidentemente competente em virtude da reserva *ratione temporis*. Se a dívida não fosse contestada, a posição seria diferente.

Portugal afirma que uma interpretação tão lata da reserva *ratione temporis* privaria o Tribunal da sua competência na maior parte dos casos, pelo facto de que nos termos do direito internacional a maior parte dos títulos jurídicos são anteriores a 1930, data escolhida pela maior parte dos países para aceitar a jurisdição obrigatória do Tribunal. A noção inexacta que serve de base à sua pretensão é que, na maior parte dos casos, os títulos jurídicos não são contestados, como o não eram, por exemplo — para citar uma vez mais o processo da *Electricité* —, as decisões dos tribunais mistos.

Não tenho necessidade de assinalar os numerosos exemplos anteriores a 1930 em que o acesso de Portugal aos enclaves deu lugar a divergências de opinião e mesmo a verdadeiros diferendos. Limitar-me-ei a citar a carta do governador de Goa de 12 Setembro 1859 (anexo indiano ao contramemorial, p. 175) que fala de «diferendos que ficaram pendentes e que desde há tanto tempo separaram os Governos britânico e português».

Sobre o fundo, penso que a Índia triunfou substancialmente. Se bem que, a meu ver, Portugal não tenha nenhum direito de passagem, pois o Tribunal reconheceu a Portugal um direito muito limitado reduzido às pessoas privadas, às mercadorias e aos funcionários civis e já que a própria Índia declarou que não põe objecção à passagem de pessoas privadas e de mercadorias e que o direito relativo aos funcionários

civis tem pouca importância e está sujeito ao poder regulamentar do Governo indiano, considero que, no conjunto, a decisão do Tribunal aprova a atitude tomada pela Índia na controvérsia entre ela e Portugal sobre a questão do direito de passagem.

Desejo indicar resumidamente os motivos pelos quais cheguei à conclusão de que Portugal não tinha demonstrado o direito de passagem tal como o reivindica.

Portugal formula neste processo uma reivindicação extraordinária e sem precedente. Reclama um direito de trânsito de Damão para os enclaves de Dadrá e Nagar-Aveli, pelo território indiano. Admite que o seu direito não comporta nenhuma imunidade, nem directa nem indirectamente. Reconhece a soberania completa e absoluta da Índia no território sobre o qual ela reivindica um direito de trânsito. Sustenta que este direito leva não ao desmembramento dessa soberania, mas somente à aceitação pela Índia de certas obrigações em relação a Portugal, no exercício dessa soberania. Portugal recusou definir a extensão ou o conteúdo desse direito que, segundo ele, tem por fim tornar possível o exercício nos enclaves da soberania portuguesa e assegurar, para esse efeito, a manutenção das comunicações entre Damão e os enclaves. Portugal é incapaz de indicar ao Tribunal quais deveriam ser as condições ou as modalidades desse direito; segundo ele, é à Índia que compete precisá-las, desde que não entrem em conflito com o direito fundamental de Portugal à manutenção de comunicações entre Damão e os enclaves. O direito assim reivindicado poderia ser comparado a uma linha geométrica sem espessura a ligar dois pontos.

Notar-se-á que é difícil fornecer justificações em apoio da subtil distinção estabelecida por Portugal entre desmembramento de soberania e restrição ao exercício da soberania. Na medida em que a Índia é soberana, deve possuir, de forma completa, absoluta e ilimitada, o direito de regulamentar — e mesmo de proibir completamente a passagem e a circulação dos bens e das pessoas. Na medida em que Portugal sustenta que a Índia não lhe pode interditar a passagem para os enclaves, isto implica inevitavelmente o desmembramento da soberania da Índia e leva à restrição e limitação desta soberania.

É igualmente difícil compreender como pode haver direito de trânsito sem qualquer imunidade. Em razão desta concessão, o direito parece ainda mais desprovido de fundamento. Portugal declara não ter o direito de fazer objecções à forma pela qual a Índia o pode regulamentar. A Índia pode impor direitos de alfândega. Pode impedir a entrada de certas categorias de bens; pode exigir autorização prévia antes que armas ou pessoas entrem nos enclaves ou deles saiam. Todas estas imunidades dependem da competência exclusiva da Índia — ela não pode no entanto cortar completamente as comunicações de Portugal com os seus enclaves. Em última análise, quando se estuda esta situação, verifica-se que Portugal reclama, de facto, um direito de trânsito com imunidades. Reivindica certas imunidades que a Índia não pode nem modificar, nem abolir. A Índia pode formular tal ou tal interdição ou tal

ou tal regulamentação. Mas há outras coisas que não pode interditar nem regulamentar. De que se trata pois, se não é da reivindicação de um direito de trânsito com imunidades, por mais limitadas ou restritas que sejam? Não é mais do que um vão exercício de dialéctica dizer que Portugal não pretende prejudicar o direito da Índia de regulamentar o direito de trânsito, tanto quanto a Índia não tornar esse exercício impossível.

O direito que reivindica Portugal suscita uma dificuldade suplementar. Para lhe conceder esse direito, o Tribunal deve estar em condições de o definir com clareza — a fim de poder, de uma parte, ser aplicado e, doutra, ser respeitado. Mas o direito que Portugal reclama é vago, obscuro, sem fundamento e indeterminado. O seu conteúdo e as suas modalidades variariam com o tempo e a possibilidade de o aplicar dependeria das circunstâncias, que mudam de dia para dia. A Índia é que decidiria em que medida esse direito deveria ser admitido e mesmo, em certos casos, ela poderia suspendê-lo completamente. É a Portugal que pertence então queixar-se de um acto ilícito cometido pela Índia e submetê-lo ao Tribunal. Temos assim a sombria perspectiva de litígios sem fim perante o Tribunal. Que me seja permitido citar um passo do último livro do juiz LAUTERPACHT que exprime o que acabo de dizer com concisão e exactidão:

«É conforme ao verdadeiro papel do Tribunal que o diferendo de que se ocupa seja resolvido pela sua própria decisão e não pelo jogo eventual da atitude acomodatória adoptada pelas partes em litígio.»

Uma coisa é clara: se Portugal obtém do Tribunal o que deseja, o litígio entre a Índia e Portugal não será resolvido pela decisão do Tribunal. Não fará senão semear, para o futuro, germes de diferendos e de discórdia.

O Tribunal marcou sempre a necessidade de resolver um litígio de forma definitiva (ver o processo relativo a *certos interesses alemães na Alta-Silésia polaca* e o do *Estreito de Corfu*).

O direito reivindicado por Portugal é falho de precisão ainda por uma outra razão. É preciso conciliá-lo ao mesmo tempo com as necessidades de Portugal no exercício da sua soberania e com o poder que a Índia tem de regulamentar e de fiscalizar esse direito.

As necessidades de Portugal são uma noção absolutamente subjectiva e é impossível ao Tribunal admitir a existência de um direito susceptível de ser exercido, não segundo um critério formulado pelo Tribunal, mas segundo a definição subjectiva de Portugal, definição que pode variar com o tempo e as circunstâncias variantes.

Pelo que respeita ao costume local, é, sem dúvida, verdade que durante todo o período que nos interessa houve efectivamente trânsito entre Damão e os enclaves — houve uma circulação incessante e quase contínua de bens e de pessoas. Se é suficiente, para criar um costume local, acumular numerosos exemplos, pode-se então, sem qualquer dú-

vida, dizer que houve, neste caso, criação de um costume local. Mas, em direito internacional, é preciso muito mais do que isso para que haja costume local. Não é suficiente trazer a prova da sua manifestação exterior; é igualmente importante fazer prova do elemento moral ou psicológico. É este elemento essencial que distingue o costume de uma simples prática ou de um uso. Quando as partes agem ou se abstêm de agir de uma certa maneira, devem ter o sentimento de obedecer a uma obrigação. Esta obrigação deve ter aos seus olhos a mesma força que a lei. Se me posso exprimir assim, é preciso que um sentimento de constrangimento — não físico mas jurídico — exista acima de tudo o mais. É o que os autores chamam a convicção da necessidade. Não tenho a intenção de abordar as subtilidades da doutrina nesta matéria. Mas os termos do Estatuto do Tribunal são para ele claros e obrigatórios. O art. 38, § I b, define uma das fontes do direito internacional aplicado pelo Tribunal para resolver os diferendos que lhe são sujeitos. Menciona «o costume internacional como prova de uma prática geral aceite como direito».

Ora, de 1818 a 1954, não existe no processo um só caso em que Portugal tenha reivindicado como um direito o trânsito ou a passagem; não há um só caso em que a Grã-Bretanha ou a Índia tenham reconhecido ter a obrigação de conceder. Quando se estudam os pormenores — tão abundantemente expostos nos documentos — percebemos que se trata de pedidos ou de autorizações concedidas pelas autoridades indianas, licenças ou autorizações modificadas ou mesmo suprimidas, e até proibições totais do trânsito para certas categorias de bens e de pessoas.

Encontra-se no processo menção de diversos casos em que certas categorias de bens foram objecto de interdição absoluta, assim como de casos em que direitos de alfândega foram cobrados sobre bens. Ver, p. ex., a interdição de importar sal proveniente de Damão e importar na Índia britânica álcool do país e outros produtos relacionados com a sua fabricação e provenientes de todo o território português; enfim, a interdição absoluta de qualquer importação para Damão por via terrestre durante os anos de guerra de 1939 a 1945.

A conferência de Barcelona é importante pelo facto de que o art. 14 da convenção previu implicitamente que os países interessados tomariam disposições distintas e especiais em relação aos enclaves, incluindo os enclaves de que tratamos no presente caso. Portugal não deu a perceber, no decurso dessa conferência, que tivesse o menor direito de trânsito. A questão devia ser resolvida não com base num direito, mas na base de um acordo a que deviam chegar Portugal e a Índia.

Talvez Portugal tenha dado conta da necessidade de manter as comunicações com os seus enclaves. Mas a necessidade experimentada por Portugal não constitui a convicção da necessidade que é exigida para que um costume local possa produzir efeito. É preciso que a outra parte tenha também claramente consciência de uma obrigação de respeitar essa necessidade. E é em vão que disso se procuram vestígios em todo o processo, de 1818 a 1954, quando foram perdidos para Portugal

os dois enclaves. De tempos a tempos os Governos britânico e indiano fizeram concessões, mas era numa base de reciprocidade ou de boa vizinhança, e nunca reconhecendo uma prática anterior como tendo força de lei. Resulta claramente do processo que os funcionários indianos eram guiados não pelo sentimento de uma obrigação em relação aos Portugueses, mas pelos interesses britânicos. Estavam dispostos a ajudar os Portugueses, mas unicamente se fosse oportuno. Fazendo isto acolhiam um pedido, não respeitavam um direito.

Quando muito, e na hipótese mais favorável, Portugal apenas procurou demonstrar a existência de uma série de actos revogáveis, feitos pelas autoridades britânicas por cortesia e para prestar serviço.

O próprio Portugal precisou que a passagem tinha por fundamento a regra de boa vizinhança e de cooperação internacional — princípios de moral desprovidos de conteúdo jurídico (ver a nota portuguesa para o Governo da Índia de 11 Fevereiro 1954, anexo 40 ao memorial português).

Em minha opinião, Portugal não demonstrou, portanto, a existência de um costume local mesmo no que respeita a um direito de passagem limitado. Em consequência, não tem direito a nenhum recurso e o seu pedido deve ser rejeitado.

a) M. C. CHAGLA

Voto de vencido do juiz MANUEL FERNANDES

«O Tribunal dá razão, em parte, à queixa de Portugal. Reconhece que quando a União Indiana decidiu opor-se às comunicações entre os territórios portugueses de Damão, Dadrá e Nagar-Aveli, tinha Portugal um direito de passagem pelo território indiano para garantir essas comunicações na medida necessária ao exercício da soberania portuguesa sobre os enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli.

O Tribunal, porém, é de opinião que este direito se refere somente ao trânsito de entidades particulares, funcionários civis e mercadorias gerais e não ao de forças militares, polícia armada e armas e munições. Não posso concordar com esta diferenciação, que me parece artificial e infundada, de facto e de direito. Estou consequentemente em desacordo também com a conclusão, a que se chegou no julgamento, de que a Índia não agiu contrariamente às suas obrigações resultantes do direito de Portugal.

I

1. Tenho, primeiro, algumas observações a fazer.

Na base do presente processo está o facto essencial de que Portugal é soberano dos dois enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli, situados no interior do território indiano. A sentença apoia-se sobre este facto essencial e entende: a) que a exclusiva autoridade de Portugal sobre estes enclaves nunca foi discutida, e b) que a soberania portuguesa sobre