

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

os mesmos foi reconhecida pelos soberanos que se sucederam no território circunvizinho, quer dizer, os Ingleses desde 1818 até 1947 e a Índia desde a sua independência.

E evidente que a soberania portuguesa sobre os enclaves não poderia ter existido todo este tempo e não poderia continuar a existir hoje se não houvesse direito de trânsito a favor de Portugal e uma obrigação correspondente não incumbisse à Índia. O objectivo destes direito e obrigação é o de assegurar as comunicações essenciais com os enclaves, na medida necessária ao exercício da soberania da qual dependem.

A situação de facto e de direito que domina todo o caso é, portanto, a seguinte: indiscutida soberania portuguesa sobre os enclaves e a impossibilidade de a exercer sem um direito de trânsito.

O Tribunal chega à conclusão de que Portugal é, com efeito, detentor de um direito de trânsito para comunicação com os enclaves, mas com uma restrição: este direito inclui a passagem de entidades particulares, funcionários civis e mercadorias gerais na medida necessária para o exercício da soberania portuguesa sobre esses territórios, mas não inclui a passagem de forças militares, de polícia armada e de armas e munições.

A soberania sobre qualquer território implica a capacidade de exercer a autoridade nesse território. Implica o direito e a obrigação de ali manter a ordem, se necessário *manu militari*. Finalmente, implica o desempenho dos deveres de polícia. Neste caso particular dos enclaves portugueses, como seriam essa autoridade, esse direito e obrigação e esses deveres exercidos, se um direito de acesso aos enclaves não for reconhecido para forças militares, polícia armada e armas e munições?

2. Portugal reclama um direito *total* de passagem relativamente ao que é necessário para o exercício da sua soberania sobre os enclaves. A petição portuguesa mais de uma vez salienta este aspecto do pedido português. Disse-se, por exemplo, na audiência de 25 Setembro 1959: «Este direito tem de ser encarado por completo, em relação com este objectivo, que é o de assegurar a ligação na medida necessária para o efectivo exercício da soberania portuguesa» (Processo oral [fundo], vol. 8, p. 110).

É certo que as partes se ocuparam separadamente no processo do trânsito de pessoas e mercadorias e também do de forças militares, polícia e armas. Mas isto foi apenas um método de exposição, a fim de examinar caso por caso a prática que se diz ter levado à criação de um costume local e o seu único objectivo era o de mostrar que a regulamentação do exercício do direito variou conforme as diferentes categorias a que o direito se applicava.

Nas suas conclusões finais, Portugal apresenta a sua reivindicação a um direito de passagem *como um todo* e a Índia refuta-o também em conjunto.

Por estas razões, não estou de acordo com o método que foi seguido de se fazer uma análise separada do pedido português, conforme as

várias categorias de que trata a sentença: entidades particulares, funcionários civis, mercadorias gerais, forças militares, polícia armada e armas e munições.

Estas categorias referem-se às vias pelas quais o direito de trânsito pode ser exercido e pode afectar a sua regulamentação: Portugal admite que essas vias de exercício e essa regulamentação são assuntos da exclusiva jurisdição da Índia.

No que respeita em particular às forças militares, polícia armada e armas e munições, Portugal esclareceu que o único direito que reivindica é o de enviar para os enclaves os elementos das forças públicas necessárias para a manutenção da ordem, isto é, para o exercício dos deveres de polícia. «Não há dúvida, contudo — foi dito na audiência de 1 Outubro 1959 — de que o direito de passagem reclamado por Portugal é limitado a determinados elementos das forças públicas responsáveis pela manutenção da ordem.» Deste dever têm por vezes de ser encarregadas forças que não fazem parte do que é habitualmente chamado polícia, incluindo elementos militares, mas isto não altera o facto essencial de que estão exercendo funções policiais. Do ponto de vista do direito internacional, o que importa é a função e não a organização administrativa da força pública, que é assunto da exclusiva competência do Estado. Esta consideração é importante para uma compreensão adequada da natureza e do conteúdo do direito reivindicado por Portugal.

A força pública consiste, é claro, em pessoal e em material. É uma força armada. Um direito de passagem para forças armadas — sem armas — é inconcebível.

3. Terceira e última observação preliminar é a de que Portugal, em meu entender, não recorreu ao Tribunal para reconhecimento de um direito que afirmava possuir no passado. Nas suas conclusões finais de 6 Outubro 1959, pede ao Tribunal que decida e declare de passagem «que o direito de passagem [...] *existe* a favor de Portugal e *deve ser respeitado* pela Índia». «Existe o direito» e «deve ser respeitado», quer dizer, no momento presente, no dia em que as conclusões foram apresentadas.

Portugal não instaurou o processo unicamente a fim de obter satisfação moral. Fê-lo para lhe ser reconhecido um direito existente, de que se continua a crer titular, embora admita que, em certas circunstâncias, o seu exercício possa ser considerado como suspenso.

4. Os factos relativos à passagem de elementos das forças públicas entre Damão e os enclaves, factos que foram ilustrados com abundância de documentos apresentados ao Tribunal, estão indicados nos parágrafos seguintes.

5. O exame das provas permite uma declaração geral que é certa e indubitável: esses elementos das forças públicas passaram entre os três pedaços de território que formam o distrito de Damão praticamente

todos os dias, sem qualquer obstrução, desde o tempo em que os enclaves foram adquiridos por Portugal, em 1783 e 1785, até Julho 1954. Só depois desta última data é que, pela primeira vez na História, este trânsito foi impedido pelo Governo da Índia. Até então, a esses agentes da força pública portuguesa não foi uma única vez recusada passagem, quer se tratasse de indivíduos, quer se encontrassem em grupos maiores ou menores. Isto é altamente significativo.

6. No período marata (1785-1818) a passagem das forças públicas era efectuada como um direito.

Uma questão discutida muito longamente pelas partes durante os debates relaciona-se com o carácter legal da concessão dada pelos Maratas aos Portugueses, ao abrigo de um tratado de 1779.

Portugal alega que este tratado lhe conferiu soberania sobre os territórios que formam os enclaves de Dadrá e Nagar-Aveli. A Índia contesta este argumento e mantém que a concessão dada pelo tratado é um direito feudal, conhecido por *saranjame* ou *jaguir*, pelo qual Portugal ficou apenas com o direito de cobrar certos impostos nos enclaves.

O Tribunal aceita a tese indiana.

Eu não concordo, mas não me proponho alongar esta exposição com a discussão do assunto, uma vez que isso me parece desnecessário para estabelecer a existência, hoje como no passado, do direito de passagem pedido por Portugal para as suas forças públicas.

É suficiente para o meu objectivo registar a declaração do Tribunal de que Portugal tem sido desde há muito o soberano indiscutível dos enclaves. Isso é que é o importante para determinar se Portugal possui o direito que reclama. A maneira como a soberania portuguesa foi adquirida é de somenos importância nesta demonstração. Existe, e é o que importa.

7. Contudo, o facto de eu me abster de discutir o aspecto jurídico da concessão dada aos Portugueses pelo Tratado de 1779 não me impede de repetir a declaração já feita de que a passagem de forças armadas se exerceu como um direito durante todo o período marata, desde o dia em que os Portugueses tomaram posse dos enclaves.

Mesmo admitindo que os Portugueses obtiveram dos soberanos maratas um simples *saranjame*, todos os documentos e autoridades citados no processo pelo Governo da Índia mostram que essa posse acarretava consigo largos poderes. Há bons motivos para lhe atribuir um carácter feudal. Ela conferia ao *saranjamedar* (o titular do *saranjame*), não só o direito de receber impostos, mas também o direito e o dever de administrar o território no sentido mais lato. A soberania do Peshwa era pouco mais do que nominal. Além do mais, demonstrou-se que nesses tempos e nesses territórios a soberania significava pouco. O seu atributo essencial era o recebimento dos impostos.

8. Um acordo de 1785, destinado a solucionar certas questões levantadas pela transferência das aldeias para a posse dos Portugueses, dá-lhes plenos poderes sobre essas aldeias. Poderes soberanos, como eu lhes chamo: poderes de *saranjamedar*, segundo aqueles que não partilham da minha opinião sobre o âmbito do Tratado de 1779. Esse ponto é de pouca importância. O que importa — isto ninguém o pode negar em virtude dos termos expressos do Acordo de 1785 e dos posteriores *sanads* — é que os Portugueses receberam plenos direitos de administração e jurisdição sobre os territórios transferidos, com autoridade para receberem impostos, administrarem a justiça, perseguirem os criminosos, manterem a ordem, suprimirem as rebeliões, etc.

Segue-se necessariamente que, ao concederem estes poderes aos Portugueses, os soberanos maratas, implicitamente, reconheceram a seu favor o direito de passagem indispensável ao exercício dos mesmos poderes. Nem esse direito poderia ser limitado à passagem de civis, funcionários e mercadorias. Para manter a ordem, suprimir revoltas, etc., o direito de passagem tinha, necessariamente, de incluir as forças públicas, com tudo aquilo de que elas necessitavam para cumprir o seu dever. Isto é apenas lógico e não necessita de outras provas. Os documentos apensos ao processo provam que o direito de passagem das forças públicas foi exercido regularmente durante o período marata, mesmo para defender os enclaves de incursões militares dos próprios Maratas (Memorial, anexo 9-13; tréplica, anexos 42 e 43).

9. Levanta-se então a questão: que aconteceu a este direito de passagem (partindo do princípio de que se trata apenas de um *saranjame*) depois que os Portugueses adquiriram plena soberania sobre os enclaves? Teria desaparecido? Seria absurdo supô-lo. O reforço do título sob o qual os Portugueses exerciam a sua autoridade exclusiva sobre os enclaves (admitido na decisão), a conversão de um título acessório e incompleto — um *saranjame* — num título completo e principal — soberania — não pode de forma alguma eliminar um direito que já existia sob o título menor. Pelo contrário, esta evolução ou alteração do título teria sido reflectida por um idêntico reforço do direito de passagem. Este ter-se-ia tornado mais denso no seu conteúdo e mais imperativo na sua força, ao transformar-se de um direito destinado ao exercício dos poderes de *saranjamedar* em um direito destinado ao exercício da soberania. Isto é tudo o que precisa de ser dito sobre os factos e as suas consequências legais durante o período marata.

10. No que diz respeito aos períodos britânico e pós-britânico, além do facto que mencionei atrás — de que a passagem das forças públicas se efectuou sempre sem um único caso de obstrução — os seguintes factos devem ser recordados:

a) Antes de entrar em vigor o Tratado anglo-português de 1878, a passagem de forças armadas e de polícia não necessitava de autorização.

Isto é admitido pelo Governo indiano no § 333 da sua tréplica, no qual se diz :

«[...] O facto [...] é que antes de 1879 a entrada de tropas ou policia armada de qualquer dos dois Governos no território do outro era regulada por um acordo recíproco. A existência de tal acordo tornava desnecessário um pedido formal e a respectiva autorização de cada vez que as tropas entravam em território alheio.»

Preciso apenas salientar que qualquer acordo deste género existente deve ter sido tácito (dando origem a um costume), uma vez que não existe qualquer acordo expresso.

b) O artigo XVIII do Tratado anglo-português de 1878 estipulava que as forças armadas de uma das partes não entrariam nos territórios da outra na India sem um pedido formal. A policia poderia entrar sem essa autorização, apenas na perseguição de criminosos ou contrabandistas.

Estas disposições, na minha opinião, não se applicavam ao caso particular da passagem entre Damão e os enclaves. Os autos contêm grande número de documentos (tréplica, anexos 50 a 76) que mostram que esta passagem continuou a efectuar-se, pelo menos até 1890, sem necessidade de autorização.

Foi somente em Dezembro 1890 (doze anos depois da data do Tratado) que as autoridades británicas consideraram que a autorização era necessária para o trânsito de tropas armadas e policia portuguesa entre Damão e os enclaves. Esta atitude foi adoptada como represália contra a acção dos Portugueses que desarmaram um destacamento britânico que tinha entrado em Goa sem autorização nos termos do Tratado.

Na correspondência trocada relativamente a este incidente, o governador-geral da India Portuguesa afirma que «as tropas portuguesas nunca atravessaram território britânico sem autorização prévia». Mas o facto de o mesmo governador-geral acrescentar, três linhas mais abaixo, que «durante séculos tem esta prática sido seguida», apesar de serem os enclaves contíguos ao território britânico apenas há 72 anos, obriga-nos a supor que o governador-geral se não referia ao trânsito entre Damão e os enclaves, mas ao caso geral da entrada de Portugueses no território britânico, vindos das suas mais antigas possessões na península hindustânica.

De qualquer forma é significativo que a policia britânica, referindo-se à carta do governador português, tenha declarado, em 1891, que «não tinha ordens [...] para evitar que homens armados ao serviço do Governo português passassem por território britânico no cumprimento da sua missão» sem terem obtido autorização. E a policia britânica acrescenta que «o *superintendente* é de opinião que os actuais acordos devem ser mantidos». Por seu turno, o commissário do distrito do Norte concordou com a policia em que os actuais acordos são de manter por serem convenientes (tréplica, anexos, p. 223). Isto mostra que existia

um acordo especial para a passagem de polícias armados entre Damão e os enclaves e que esse acordo permitia a passagem sem autorização, derogando o artigo XVIII do Tratado de 1878.

c) No período que se seguiu à denúncia do Tratado de 1892, a prática variou consideravelmente. Um acordo, em 1913, estabeleceu que a polícia de cada uma das partes poderia atravessar o território da outra mediante prévia notificação (não autorização). Da correspondência que conduziu a esse acordo e que está reproduzida a pp. 305-309 dos anexos ao volume II do contramemorial, conclui-se que o acordo confirmou a prática seguida até aí, segundo a qual a notificação prévia era por si só suficiente.

Um acordo assinado em 1920 torna a passagem de polícias armados abaixo de uma certa categoria sujeita a autorização prévia (anexo indiano C, n. 50). É a primeira vez que este requisito figura num acordo entre as duas partes desde a denúncia do Tratado de 1878.

Um outro acordo, datado de 1940, dispensa a autorização para forças de polícia até dez homens e exige-a para forças maiores. Este é o único acordo específico concluído para trânsito entre Damão e os enclaves (anexo indiano C, n. 57).

11. Em conformidade, se a prática seguida durante 170 anos for encarada em conjunto, verifica-se que a passagem de tropas e de polícia armada sem autorização prévia foi a regra e que a necessidade de autorização foi a excepção. Isto, no entanto, não altera o facto de ter sido a autorização necessária de tempos a tempos. Mas isto não permite, na minha opinião, a conclusão de que o direito de trânsito não existia. Desejo justificar a minha declaração. De momento, observarei apenas que, sempre que a autorização foi necessária, invariavelmente foi concedida, sem excepção, e que os Ingleses nunca tiveram qualquer intenção de a recusar. Uma carta enviada pelo governador-geral da Índia Inglesa ao governador português da Índia, a 9 Abril 1891, relativamente à necessidade de uma autorização, dizia que não fora «sugerido que a autorização, quando solicitada relativamente às forças armadas portuguesas, não seria concedida de acordo com a prática seguida no passado.»

12. Um exame dos factos revela também que a concessão da autorização, sempre que era solicitada, se baseava na ideia de que essa concessão era obrigatória por virtude do direito de Portugal. A variação na prática que acaba de examinar-se pode provar apenas que a necessidade, em certos períodos, de uma autorização era um simples requisito regulamentar.

Portugal reclama um direito que está sujeito a regulamentação e fiscalização pela Índia. Encontramos essa regulamentação muito liberal durante um período muito longo e mais tarde mais estrita: por vezes contida num simples passe emitido pelo Governo das forças em trânsito (anexo indiano C, n. 39); requerendo outras vezes notificado de passa-

gem, em alguns casos anterior noutros posterior e ainda outras vezes exigindo um pedido formal de autorização. Não pode sustentar-se que a própria existência do direito tenha sido sujeita a essas vicissitudes.

13. Muito se disse no decurso do processo acerca da distinção essencial entre o direito e a sua regulamentação. Isto é elementar e não necessita de ser declarado aqui. Também não é necessário afirmar a distinção, igualmente elementar, entre a posse de um direito e a capacidade de o exercer. O que necessita ser recordado, tendo em atenção a doutrina em que se funda o julgamento, é o facto de que, se há autorizações que genuinamente constituem direitos, há mais que os não constituem. Não pode afirmar-se que a necessidade de uma autorização seja a negação de um direito de data mais antiga. Semelhante afirmação seria categoricamente contraditada por toda a jurisprudência.

14. A noção geral de autorização está ligada à distinção que acabo de mencionar entre o direito e a sua regulamentação e entre o direito e o seu exercício. A noção é comum a todos os ramos de Direito, mas encontra o seu mais largo campo de aplicação no Direito Público, especialmente no Direito Administrativo.

15.

«A autorização é o acto administrativo pelo qual a autoridade retira em cada caso as limitações impostas pelas normas jurídicas sobre o exercício, por um sujeito determinado, do direito ou poder já *pertencente* ao próprio sujeito para exercer determinada actividade ou desempenhar um acto legal, esse exercício ou esse desempenho devendo ser avaliados à luz do interesse público, que é o dever da autoridade salvaguardar» (ORTOLANI, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, p. 251).

Consequentemente, a autorização não cria o direito. A necessidade da mesma não pode ser considerada equivalente à não-existência do direito. Pelo contrário, pressupõe normalmente a existência de um direito anterior.

«O direito existe antes do aparecimento do acto permissivo», diz DE FRANCESCO (*L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, p. 83). E acrescenta: «O acto administrativo consente simplesmente o exercício daquilo que já existe (*ibid.*, p. 88). Daqui infere: «O acto da autoridade funciona como condição do exercício do direito» (*ibid.*, p. 83).

Aqui temos a definição da autorização numa palavra: é um acto-condição. Não é um acto que estabeleça uma norma, nem é um contrato. Não cria direitos, condiciona apenas o seu exercício.



16. Vista sob outro aspecto, a autorização é um acto de fiscalização; dessa fiscalização do exercício do seu direito de passagem que Portugal não recusa à Índia.

«A fiscalização exercida por meio da autorização — diz DONATI — destina-se somente a reconhecer e a declarar que determinada conduta de um sujeito de direito corresponde a certas determinantes, normas, princípios e fins do interesse para cuja satisfação tende o acto pretendido pelo sujeito.» (Citado por ORTOLANI, *op. cit.*, p. 253).

17. A prática confirma a opinião doutrinária. Um número muito grande de exemplos poderiam ser dados, em que esta funciona como mero acto-condição ou como um meio de fiscalizar a observância dos regulamentos e execução.

Alguns exemplos bastarão.

A propriedade de terras implica o direito de construir sobre as mesmas. Quais os sistemas legais que não exijam uma autorização para essa construção, pelo menos nas áreas urbanizadas?

Ainda mais; quais são as que não a exigem também para se habitar pela primeira vez um edifício que acaba de ser construído? Como diz D'ALESSIO: «aquele que obtém uma licença de construção não outorgam nenhum direito que ele não tivesse já» (ORTOLANI, *op. cit.*, p. 225).

O proprietário é único senhor do seu domínio. Mas se um vizinho necessita de entrar no seu domínio para colher frutos de uma árvore situada na linha confinante, o proprietário não pode recusar-lhe a necessária autorização. Assim, também, se o vizinho precisa de construir andaimes na área limite entre as duas propriedades a fim de levantar algum edifício ou realizar reparações na sua própria propriedade. Trata-se de direitos que o vizinho possui antes de obter a autorização. A lei reconhece os seus direitos, mas torna igualmente o seu exercício dependente do consentimento do outro. Esse consentimento pode ficar sujeito a condições razoáveis, mas não pode ser recusado pura e simplesmente. Se o for, os tribunais decidirão (Código Civil português, arts. 2.314 e 2.318).

18. Não há, no entanto, necessidade de sair do domínio e mesmo do direito convencional do direito internacional acerca do trânsito internacional para se encontrarem exemplos que confirmam o que aqui se afirma, a saber, que a necessidade de uma autorização não pode ser assimilada à ausência de um direito.

19. O estudo do professor ÉDOUARD BAUER, junto ao processo por Portugal, a fim de demonstrar que não houve um único exemplo na História, desde o Tratado de Vestefália, em que um direito de passagem não tenha sido reconhecido a favor de um enclave (incluindo a passagem de forças armadas), esse estudo, digo, demonstra que os tratados adoptaram três sistemas para regular o exercício desse direito.

Por vezes era necessária uma autorização anterior, outras vezes uma simples notificação de passagem era suficiente, noutras ainda estabelecia-se o acordo de regulamentações muito estritas e pormenorizadas, que tornavam desnecessário o pedido de autorização. Exemplos do primeiro caso são o Tratado de Munster de 24 Outubro 1648 e a Paz dos Pirenéus concluída em 7 Setembro 1659. Em ambos estes casos foi reconhecido um direito de passagem das tropas de Luís XIV para os enclaves da Lorena e da Alsácia, sujeito ao pedido de licença a dirigir aos soberanos dos territórios intermédios «[...] *pateatque illac regio militi, quoties postulatum fuerit tutus ac liber transitus*». Tal era a fórmula no Tratado de Munster. Isto demonstra que, mesmo onde o direito de trânsito é garantido por tratado, o pedido de autorização prévia pode ser estabelecido como condição do exercício do direito.

20. A autorização, repito uma vez mais, é um método de fiscalização. Segue-se que pode ser dispensada sempre que as partes concordem no estabelecimento de outro meio de fiscalização igualmente eficaz. Um caso flagrante é o da Convenção germano-polaca sobre a liberdade de trânsito assinada em Paris a 21 Abril 1921. Esta convenção regulamentava o trânsito militar através da Polónia, entre a Prússia Oriental e o resto da Alemanha, tão estritamente e com tais pormenores que se tornou desnecessária qualquer autorização. Estabelece-se o princípio de um comboio militar semanal para o transporte de pessoal e de outro comboio para o transporte de armas e munições. Tudo era estritamente regulamentado pelas numerosas cláusulas da convenção sobre esta forma de trânsito. No entanto, estabelecia-se que «as autoridades alemãs notificarão as autoridades polacas da partida destes comboios pelo menos com vinte e quatro horas de antecedência sobre a partida».

21. Examinemos agora dois exemplos mais recentes.

A Convenção de Chicago de 7 Dezembro 1944, a que aderiram quase todas as nações, estabelece no seu art. 5:

«Cada Estado contratante aceita que todas as aeronaves dos outros Estados contratantes que não são empregadas em serviços aéreos internacionais regulares têm o direito de voar sobre o seu território, ou de o atravessar em trânsito [...] sem terem de obter autorização prévia [...] sob reserva do direito para o Estado sobrevoado de exigir a aterragem. No entanto, cada Estado contratante reserva-se, por motivos de segurança de voo, o direito de exigir que as aeronaves que desejem sobrevoar regiões inacessíveis ou desprovidas de facilidades adequadas para a navegação aérea sigam os itinerários prescritos ou *solicitem autorização especial*.»

Vê-se, portanto, que o direito de trânsito aéreo é reconhecido mas sujeito a regulamentação e fiscalização. Essa regulamentação e essa fiscalização comportam em todos os casos o direito para o Estado sobrevoado de exigir a aterragem e, em casos especiais, um pedido de

autorização prévia. Esta exigência de autorização não significa que as aeronaves estrangeiras não tenham o direito de sobrevoar as «regiões desprovidas de facilidades adequadas para a navegação aérea», só significa que a autorização pode ser exigida para o exercício desse direito.

22. Um outro exemplo é-nos fornecido pela própria Carta. No seu art. 43 prescreve-se:

«Todos os Membros das Nações Unidas [...] se comprometem a pôr à disposição do Conselho de Segurança, a seu convite e de harmonia com acordo especial ou com acordos especiais, as forças armadas, a assistência e as facilidades, *incluindo nestas o direito de passagem*, necessárias à manutenção da paz e da segurança internacional.»

As forças ao serviço das Nações Unidas têm, portanto, um direito de passagem pelos territórios dos Estados Membros. Pode esse direito exercer-se sem autorização do Estado do trânsito? Certamente que não. É preciso um *acordo especial* de que esse Estado seja signatário. Mas este não poderia licitamente recusar-se a tomar parte no acordo sem uma razão que o Conselho de Segurança considerasse justificativa.

23. Parece-me ter assim provado a minha tese de que a necessidade de uma autorização para que a polícia ou outras forças possam passar pelo território estrangeiro não é de forma nenhuma incompatível com a existência de um direito de passagem de data anterior à dessa autorização. E isto claramente significa que o direito do Estado que é atravessado a exigir a autorização antes da entrada no seu território não implica um poder discricionário para conceder ou recusar a passagem.

Sendo seu objectivo verificar se as condições regulamentares de que depende o exercício de um direito são satisfeitas e que em cada caso não há dano dos interesses legais da parte cuja autorização é pedida, implica a permissão um poder de apreciação, mas não um poder discricionário. Se aquelas condições são satisfeitas e se não são sacrificados aqueles interesses legais, deve ser concedida a autorização. A jurisdição da parte autorizante deve ser exercida tendo em vista os objectivos para que foi conferida.

«Há uma multidão de casos — diz HAURIUO — em que, para o exercício de algum dos seus direitos, os administrados são obrigados pela lei a pedir autorizações à Administração [...]; a Administração é obrigada por isso mesmo a praticar o acto que se lhe pede [...]» (*Précis de droit administratif et de droit public*, 12.<sup>a</sup> ed., p. 357).

No caso que estou tratando, a exigência, em certas épocas, de uma autorização para a passagem de elementos da polícia e da força armada era ditada exactamente pelas mesmas «considerações de segurança» de que a decisão fala a propósito de certas restrições que foram impostas

ao trânsito das mercadorias. Não se vê por que razão as restrições baseadas em tais considerações são incompatíveis com um direito de trânsito para mercadorias e não para outras modalidades do trânsito.

24. Se considerarmos a própria natureza do direito de trânsito para forças armadas e os reflexos que ele pode ter na defesa e na ordem pública do território atravessado, não teremos nenhuma dificuldade em compreender que uma autorização ou outra forma equivalente de fiscalização seja necessária ao seu exercício, mesmo quando este é estabelecido num tratado. Pode mesmo dizer-se que a autorização é inerente a esta espécie de direitos, a não ser que seja dispensada por acordo das partes.

Com efeito, o verdadeiro objecto do direito de trânsito é a *autorização de passagem*, seja qual for a forma da autorização, expressa ou tácita.

O direito de trânsito não é um direito real que o seu titular possua directamente, *per se*, sobre o território a atravessar. É um direito pessoal a que corresponde, da parte do sujeito passivo da relação jurídica, uma obrigação pessoal que pode ser encarada quer sob o seu aspecto positivo de *facere* (conceder uma autorização), quer sob o seu aspecto negativo de *non facere* (não se opor ao trânsito).

Assim se concilia perfeitamente a soberania territorial do Estado do trânsito com a obrigação de conceder passagem.

25. Foi também alegado que o trânsito de elementos da força armada e da polícia portuguesas para os enclaves não era exercido como um direito, sob pretexto de que se exercia numa base de reciprocidade, isto é, em consideração do reconhecido direito de atravessarem território português os elementos da força armada e de polícia inglesas quando necessitavam de se deslocar entre dois pontos do seu próprio território separados por território português.

Não posso aceitar a opinião de não existir direito quando há reciprocidade. Na sua maior parte, os direitos reconhecidos entre as nações assentam numa base de reciprocidade, mas não perdem, por isso, o seu carácter de direitos. A reciprocidade não só não é incompatível com esses direitos, como, até, é a verdadeira condição da sua efectividade. O direito que Portugal pede para si é exactamente o mesmo direito que reconhece possuir a União Indiana para comunicar com o enclave de Megheval, cercado por território português.

## II

26. Portugal invoca como títulos do seu direito o Tratado de 1779, o costume local, o costume geral e os princípios gerais de direito.

27. Do Tratado de 1779 já disse o bastante atrás, nos §§ 6 a 9. Considero que, em virtude desse tratado e dos acordos adicionais,

Portugal adquiriu plena soberania sobre os enclaves e, com ela, o direito implícito e necessário de acesso.

Mesmo que adoptasse a opinião da maioria do Tribunal, nomeadamente de que não houve uma transferência de soberania, mas apenas a concessão de um *saranjame*, teria de chegar à conclusão de que o direito de trânsito fora, implicitamente, conferido aos Portugueses para o exercício dos seus poderes de administração, de polícia e outros, que lhe foram outorgados. E não posso admitir que a conversão do *saranjame* em soberania, no período britânico, viesse a provocar o desaparecimento do direito de acesso aos enclaves.

28. No que respeita ao costume local, talvez já tenha dito demasiadamente.

Não posso compreender como poderia o costume local ser a fonte de um direito de passagem para entidades particulares, funcionários civis e mercadorias em geral, e não o ser igualmente para as forças militares, para a polícia armada e para as armas e munições. Se a razão para isso reside no facto de depender a passagem destes últimos, por vezes, de uma autorização, creio que já demonstrei que esta razão não se apoia nem na teoria nem na prática do direito. Haveria até razões mais fortes para que o direito de passagem fosse reconhecido às forças militares, à polícia armada e às armas e munições do que às entidades particulares e às mercadorias em geral. O direito para estas duas últimas categorias é reconhecido em virtude da soberania portuguesa sobre os enclaves. Esta soberania é a causa e também o objectivo do direito. Sem ela o direito não subsistiria. Mas o direito para as forças militares, a polícia armada e as armas e munições está muito mais ligado, devido à sua maior necessidade, à existência da soberania do que o direito para as entidades particulares e as mercadorias em geral. E é por isso que, embora as últimas categorias fossem por vezes sujeitas a proibições quanto a mercadorias específicas (sal, licores e produtos de destilação) e chegassem a ser totalmente banidas durante a última guerra, a passagem das forças armadas nunca foi proibida. Não é ilógico considerar não existente o direito quanto às categorias mais intimamente ligadas à soberania e jamais proibidas, e não ocasionar dúvidas a existência do direito no caso de outras categorias.

29. Um ponto em que não concordo com a maioria do Tribunal é que o exame da prática estabelecida entre as partes, no curso da História, nomeadamente, pelo costume local, seja suficiente para resolver o caso. Sê-lo-ia, simplesmente se, com base nesse exame, o Tribunal tivesse considerado fundado no seu conjunto o pedido português. Então, verdadeiramente, não seria preciso perder tempo a procurar uma confirmação dessa conclusão nos títulos gerais invocados pelo requerente.

Mas não é o caso. A decisão a que se chegou envolve uma amputação vital do direito reivindicado por Portugal. E se, segundo a tese de Portugal, nenhum dos títulos exclui os outros, mas, ao contrário, se con-

firmam e reforçam reciprocamente, o exame deve alargar-se às regras gerais invocadas pelo requerente para que se possa fazer justiça.

É certo que, em princípio, o direito especial derroga o direito geral, mas dar como assente que, neste caso, a lei especial é diferente da lei geral é cair numa petição de princípio. Por outro lado, há excepções a esta regra. O direito geral *cogens* prevalece sobre todo o direito especial. E os princípios gerais de que adiante farei menção constituem verdadeiras regras de *jus cogens*; sobre as quais nenhuma prática especial pode prevalecer.

30. Uma razão de peso para que o exame dos títulos gerais não seja rejeitado *a priori* é o papel muito importante que eles representaram na argumentação das duas partes.

Os consultores de Portugal insistiram na importância predominante que lhes atribuem. Na audiência de 30 Setembro 1959, o professor BOURQUIN fê-lo notar nos termos seguintes:

«Ser-me-á permitido começar esta exposição por lembrar ao Tribunal a importância que o direito internacional geral reveste na nossa argumentação?

*Ele constitui a sua base essencial.*

Como o sr. Telles disse com razão, os títulos particulares que nós invocamos assentam, em última análise, em regras gerais. Não são mais do que uma sua aplicação, do que uma manifestação concreta. E eu acrescento que, ainda que eles não existissem, o direito de passagem de Portugal não seria menos incontestável.»

31. Portugal invoca o costume universal e os princípios gerais de direito como títulos gerais da sua pretensão.

32. O exame da situação verificada ao longo da História, e que se verifica ainda hoje, em todos os enclaves conhecidos, demonstra que se estabeleceu entre os Estados a prática uniforme e constante em favor do reconhecimento de que o soberano de um enclave tem o direito de trânsito necessário ao exercício da sua soberania. Isto mostra, sem possibilidade de contestação, que há uma regra geral costumeira que por si só bastaria para fundamentar a pretensão portuguesa.

33. Como princípios gerais de direito, Portugal invocou duas espécies de princípios:

a) o princípio derivado da comparação do direito interno das nações civilizadas no que respeita ao direito de acesso à propriedade encravada;

b) certos princípios fundamentais inerentes à própria formação do direito internacional.

34. Pelo que se refere ao primeiro dos princípios invocados, foi demonstrado num estudo de direito comparado do professor MAX RHEINSTEIN, que figura no processo, que em todas as legislações das nações civilizadas o direito de acesso a um prédio engravado é reconhecido a favor do seu proprietário. Não se trata de esboçar qualquer espécie de analogia entre a propriedade e a soberania, nem tão-pouco de transportar uma regra de direito interno para o domínio do direito internacional. Trata-se de verificar que há uma razão profunda, enraizada na consciência jurídica de todos os povos, para admitir como necessário (lógica e praticamente necessário) o reconhecimento de um direito de passagem àquele que tem uma certa capacidade jurídica a exercer num espaço ao qual não pode ter acesso sem utilizar o espaço reservado a outrem. Se este não é um princípio geral de direito igualmente válido para o direito interno e para o direito internacional, no sentido do art. 38 do Estatuto do Tribunal, então é porque não há princípios que satisfaçam às condições desse artigo.

35. Há, finalmente, os princípios gerais de direito que Portugal invocou como inerentes à ordem jurídica internacional. Seja qual for a posição que se adopte em relação a esses princípios, quer os consideremos emanações do direito natural, ou regras consuetudinárias, ou princípios constitucionais da comunidade jurídica internacional, ou princípios deduzidos directamente da ideia de direito, ou princípios aceites pelos Estados pelo próprio facto de serem membros de uma comunidade jurídica, seja qual for, dizia, a posição de cada um em relação à origem e ao fundamento desses princípios, todos estamos de acordo em aceitar a sua existência e a sua aplicação como fonte de direito positivo.

36. O primeiro de todos estes princípios essenciais é o respeito recíproco das soberanias. Este princípio não tem somente um conteúdo negativo no sentido da não-intervenção dos Estados no domínio reservado à competência territorial dos outros Estados. Tem também um conteúdo positivo no sentido de que cada Estado «consente numa certa restrição da sua acção no interesse da liberdade de acção garantida a todos os outros Estados» (OPPENHEIM-LAUTERPACHT, § 113).

37. No nosso caso, duas soberanias se levantam, face a face: a de Portugal, sobre os enclaves, e a da União Indiana, sobre o território engravado. A existência da primeira depende inteiramente da manutenção das comunicações entre os enclaves e o resto do território do Estado de que são parte integrante. E como uma das obrigações essenciais da soberania é manter a ordem no território em que ela se exerce, essas comunicações devem incluir, necessariamente, a passagem dos elementos da força pública necessários para esse objectivo. Impedir as comunicações essenciais equivaleria a não respeitar a soberania que delas depende. Equivaleria a suprimir a sua existência. Não há grande diferença, como foi dito nas audiências, entre matar um homem a tiro e provocar-lhe a morte por estrangulamento.

38. Se ao Estado que possui o território encravante fosse permitido impedir as comunicações necessárias para o exercício da soberania sobre os enclaves, isso significaria que esse Estado teria liberdade de suprimir aquela soberania a seu alvedrio. Essa acção seria tècnicamente distinta da conquista pelas armas, mas teria exactamente os mesmos resultados. E se o direito internacional proíbe esta última, não pode permitir a primeira.

A soberania de um Estado sobre qualquer parte do seu território não pode subordinar-se à vontade de outro Estado. A própria essência da soberania reside na independência de qualquer vontade externa. A função primordial do direito internacional é salvaguardar a independência dos Estados, a sua integridade territorial e o respeito mútuo pelas soberanias.

39. Não oferece dúvida que a obrigação de concordar um Estado com a passagem pelo seu território por nacionais de outro Estado significa que, nesses precisos limites, a sua jurisdição deixa de ser discricionária e tem de submeter-se à obrigação internacional. O direito internacional não tem outro fim que não seja a criação dos direitos e obrigações mútuos entre os Estados e assim radicar as suas respectivas jurisdições.

A obrigação que cabe à União Indiana deriva da necessidade legal imposta pela geografia dos enclaves. Os elementos de facto têm consequências de direito. Por exemplo, é um facto geográfico que está na origem da regra consuetudinária que reconhece o direito de navegação nas águas que ligam os portos interiores ao mar.

«É a terra que confere ao Estado ribeirinho o direito às águas que banham as suas costas», disse o Tribunal no processo das *Pêcheries*, reconhecendo assim, as implicações jurídicas dos factos da geografia (*Recueil 1951*, p. 133).

40. No caso presente há outra razão especial a apoiar a existência do direito reclamado por Portugal e da obrigação recíproca imposta à União Indiana. É que os enclaves foram constituídos em território indiano com o consentimento implícito (se se rejeitar a argumentação portuguesa baseada no Tratado de 1779) dos sucessivos soberanos daquele território. O Tribunal deu como provado que a soberania portuguesa foi reconhecida pelos Ingleses de facto e implicitamente e que foi subsequentemente reconhecida tácitamente pela União Indiana.

Nesse ponto chega-se a um argumento de Portugal que me parece francamente decisivo. Pode formular-se da seguinte forma: o reconhecimento, por um Estado, da soberania de outro Estado sobre um enclave situado adentro do território do primeiro implica necessariamente, como consequência lógica, o reconhecimento simultâneo do direito de trânsito essencial ao exercício dessa soberania, sujeito à regulamentação e fiscalização do soberano do território que rodeia o enclave.

O reconhecimento da soberania de um Estado sobre certo território



é um acto que envolve inúmeras consequências jurídicas. Por ele, essa soberania é admitida na ordem jurídica internacional, e os Estados de que emana comprometem-se a respeitar todas as atribuições que essa ordem jurídica confere à soberania, designadamente a de organizar a força pública e manter a ordem, no território em causa. Ao reconhecerem a soberania portuguesa sobre os enclaves, os Britânicos, e mais tarde os Indianos, não poderiam deixar de aceitar implicitamente todas as consequências lógicas e necessárias desse reconhecimento, entre as quais o direito de trânsito para as forças encarregadas da função de polícia é uma das mais necessárias.

41. É norma jurídica que quem sanciona um acto sanciona também as consequências previsíveis e necessárias que dele logicamente derivarão.

A doutrina dos poderes implícitos e contidos num poder geral, em virtude dos fins deste último, foi aprovada pelo Tribunal no processo da *reparação dos danos sofridos ao serviço das Nações Unidas (Recueil 1949, p. 182)*. «Segundo o direito internacional», disse o Tribunal, «a Organização deve ser considerada detentora destes poderes, os quais, se não estão expressamente enunciados na Carta, são por uma consequência necessária conferidos à Organização como essenciais ao exercício das suas funções». É o que Portugal pede: o reconhecimento de um direito que, se não está expressamente declarado por uma regra escrita, lhe é por uma consequência necessária conferida pelo facto do reconhecimento da sua soberania, sobre os enclaves, como essencial ao exercício dessa soberania.

«A vontade de observar uma regra jurídica — diz ANZILOTTI — implica a vontade de observar também as regras sem as quais a primeira não teria sentido e que nela estão logicamente incluídas» (*Corso di diritto internazionale, I, p. 64*).

42. O princípio da interpretação das normas e actos jurídicos de acordo com os seus objectivos também foi estabelecido. O objectivo do reconhecimento da soberania de um Estado sobre determinado território é que venha a ser reconhecido o direito desse Estado a exercer as funções de governo sobre o mesmo território. Não pode contestar-se que, no caso de um enclave, o exercício da soberania não é possível sem o direito de acesso, especialmente com o objectivo de assegurar ali a manutenção da ordem pública.

43. Se o Estado que ocupa o território encravante reconheceu a soberania de outro Estado sobre o enclave, ao mesmo tempo que, mentalmente, se reservou o direito de cortar as comunicações com ele quando lhe agradar, não está a actuar de acordo com o princípio da boa-fé, que é o mais geral e o mais essencial dos princípios gerais de direito.

44. É então isto o que decorre dos princípios gerais de direito: o trânsito necessário com o fim de se exercerem todas as funções de governo no enclave, incluindo a organização da força pública e a manutenção da ordem, é um direito do Estado soberano do enclave; esse direito corresponde a obrigação do Estado que ocupa o território encravante de não se opor a esse trânsito. Esta conclusão é particularmente iniludível no caso de um Estado que reconheceu a soberania de outro sobre um enclave situado no interior do seu próprio território.

45. A prática particular que fora estabelecida entre Portugal e os sucessivos soberanos dos territórios que cercam os enclaves não pode excluir a aplicação, no caso presente, dos princípios gerais de direito, e ainda menos pode ser interpretada de modo a colidir com estes princípios.

«Os princípios gerais de direito estão na base do costume e do direito convencional. Estes não são, habitualmente, senão a cristalização desses princípios. As regras concretas não poderiam ser interpretadas em sentido contrário aos princípios de que elas fazem aplicação» (VERDROSS, *Derecho internacional público*, p. 205-206).

«A prioridade assinada pelo art. 38 do Estatuto do Tribunal à convenção e ao costume relativamente aos princípios gerais de direito não exclui de maneira nenhuma uma aplicação *simultânea* desses princípios e das duas primeiras fontes de direito. Sucede frequentemente que uma decisão proferida com base numa convenção especial ou geral ou num costume obriga a recorrer aos princípios gerais de direito [...]. O juiz a eles recorrerá, quer para integrar as lacunas das regras convencionais, quer para as *interpretar*» (DE VISSCHER, em *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1933, p. 413).

«A prática internacional demonstra que o juiz e o árbitro não podem inferir o verdadeiro sentido das disposições de um tratado sem repor estas no quadro de certos princípios gerais que as dominam» (*Ibid.*, p. 405).

46. Tudo o que disse a respeito das regras gerais do direito internacional, e, em particular, relativamente aos princípios gerais de direito, tende a demonstrar a existência do direito reclamado por Portugal *in toto*, como foi formulado por Portugal e cujo conteúdo não tem outra definição senão aquela que o próprio autor lhe deu; um direito de trânsito para aquilo que seja necessário ao exercício da soberania portuguesa sobre os enclaves. Mas tenho principalmente em mente a passagem de forças militares, de polícia armada e de armas e munições. Considero que nada existe nas regras e princípios invocados que autorize a conclusão de que deve haver um direito para trânsito civil e outro para trânsito militar. Se houvesse qualquer razão para uma distinção,

seria em favor do último, como mais intimamente ligado com o exercício da soberania.

Chego, portanto, à conclusão de que o direito reclamado por Portugal está bem demonstrado, tanto na base das regras especiais aplicáveis como na das regras gerais aplicáveis.

### III

47. É evidente que, se chego à conclusão de que Portugal tem o direito de passagem através do território indiano na medida necessária para o exercício da sua soberania sobre os enclaves, o qual não pode deixar de incluir — repito uma vez mais — a passagem das forças armadas necessárias para assegurar a manutenção da lei e da ordem nesses territórios; se chego a essa conclusão, tenho também de concluir que a Índia violou o direito de Portugal pela sua acção ao impedir, sem qualquer razão legalmente válida, o exercício desse direito por Portugal.

O facto foi abundantemente provado no decurso do processo, como o foram as razões puramente políticas da atitude da Índia.

Depois do malogro dos pedidos que fez por intermédio das vias diplomáticas, entre 1950 e 1953, para obter a transferência directa para a sua soberania dos territórios portugueses na Península Indiana, o Governo da Índia tentou obter os mesmos resultados por métodos menos directos mas mais ilícitos.

48. Para não considerar senão os factos relativos à rotura das comunicações com os enclaves, retenhamos sòmente os seguintes:

a) Desde Outubro 1953 foi proibido o trânsito da polícia e do pessoal militar (comunicado da Imprensa indiana de 22 Julho 1954, memorial, anexo 44).

b) O trânsito de armas e munições de todas as categorias foi proibido em 17 Julho 1954, quer dizer, quatro dias antes do ataque a Dadrá (memorial, anexo 47).

c) Em 13 Junho 1954, o trânsito de veículos entre Damão e os enclaves foi proibido, com a consequente repercussão no trânsito das mercadorias (réplica, anexo 168).

d) Em 20 Julho 1954, o autocarro que fazia o serviço regular entre Damão e Nagar-Aveli foi obrigado a voltar para trás ao chegar às proximidades de Dadrá (réplica, anexo 165).

e) Em 21 Julho 1954, todas as comunicações, mesmo para as pessoas privadas, foram impedidas (réplica, anexo 166).

f) O ataque a Dadrá por elementos vindos do território indiano (como o reconhece a Índia nos §§ 227 e 228 do seu contramemorial) foi feito na noite de 21/22 Julho.

g) A partir desta data, a Índia deixa de conceder vistos para o trânsito dos portugueses europeus e para os cidadãos portugueses abo-

rígenes ao serviço do Governo português, mesmo para se deslocarem a Nagar-Aveli, onde a situação ainda era calma. Isto é confirmado pela Índia no § 211 do seu contramemorial.

h) Numa nota de 24 Julho, o Governo português pediu ao da Índia uma autorização para enviar forças destinadas a restabelecer a ordem em Dadrá. Este pedido foi rejeitado por uma nota de 28 Julho, com base em razões exclusivamente políticas: «O Governo da Índia tem claramente indicado — diz essa nota — que não pode aceitar a continuação do domínio estrangeiro sobre qualquer parte da Índia» (memorial, anexo 52, § 12).

i) Em 26 Julho, o Governo português pediu facilidades para enviar a Nagar-Aveli três delegados desarmados do governador de Damão. Este pedido foi rejeitado pela mesma nota indiana de 28 Julho, com a alegação de que se tinha criado um estado de excitação na população indiana vizinha dos enclaves e que a tensão aumentaria com o facto da passagem dos funcionários portugueses.

j) Tudo isto se passava, é preciso sublinhá-lo bem, antes que qualquer coisa anormal tivesse ocorrido em Nagar-Aveli. Esta verificação é essencial para mostrar que nenhum argumento da Índia para justificar a sua atitude que possa fundar-se numa situação anormal em território português tem valor pelo que toca ao trânsito entre Damão e Nagar-Aveli.

k) Forças de polícia de efectivos reforçados foram colocadas pelas autoridades indianas em volta dos enclaves antes que estes tivessem sido atacados. Este facto é confirmado pelo Governo da Índia no seu comunicado à Imprensa de 22 Julho. Ele tenta justificá-lo com o aumento dos efectivos militares no território português. Mas contradiz-se, quando no mesmo comunicado indica que na praça de Damão, uma cidade de 20.000 habitantes, havia uma força militar de mais de 100 homens (*sic*) (memorial, anexo 44).

l) No fim de Julho 1954, Nagar-Aveli foi também atacada por elementos vindos do território indiano, como a Índia reconhece nos §§ 227 e 228 do contramemorial, já citados.

m) Propostas portuguesas para mandar aos enclaves observadores de terceiras potências foram rejeitadas.

Tais são os factos. Eles revelam a manifesta violação do direito de trânsito de Portugal.

49. Mesmo que nos coloquemos no campo restrito do direito reconhecido pelo Tribunal para o trânsito das pessoas privadas, dos funcionários civis e das mercadorias, os factos indicados nas alíneas c), d), e), g), i) e l) provam que mesmo o direito relativo a estas categorias foi violado.

50. Como meio de justificação de determinados factos, em particular a recusa de passagem aos delegados do governador de Damão que procuravam seguir para Nagar-Aveli, procurou dar-se algum crê-

dito ao estado de tensão existente no território indiano na ocasião em que os factos ocorreram. Isto não pode fornecer uma justificação aceitável para a Índia, visto que esse estado de tensão era o resultado da sua própria culpa e, em particular, da negligência (para não dizer mais) das suas autoridades em face da preparação no seu próprio território de actos de agressão dirigidos contra o território português.

Ao dizer isto, não é minha intenção discordar da opinião expressa pelo Tribunal de que não foi chamado a pronunciar-se sobre os factos em questão, visto que Portugal não formulou qualquer queixa relativa à responsabilidade da Índia por motivo da sua falta de diligência em evitar os actos agressivos contra Portugal preparados no seu território.

Mas quando a questão consegue ter o aspecto de validade de uma desculpa apresentada pela Índia para se opor ao exercício do direito de trânsito de Portugal, quando é necessário determinar se essa oposição, nas circunstâncias do caso presente, fica sob a alçada do poder de regulamentação e de fiscalização da Índia, ou se, pelo contrário, constitui um abuso ou mau uso desse poder — torna-se necessário determinar a responsabilidade da Índia na criação das situações e dos factos sobre os quais pretende fundar a sua desculpa. Claramente: se parece que pode ter tal responsabilidade, a desculpa não pode permanecer válida. *Nemo allegat turpitudinem suam*. Ninguém pode fundamentar nas consequências das suas próprias faltas o não-cumprimento de uma obrigação jurídica.

51. No que me diz respeito, o estudo cuidadoso que fiz dos autos e das provas neles contidas levaram-me à conclusão, da qual estou plenamente convencido, de que a União Indiana é responsável pelos acontecimentos que ocorreram em Dadrá e em Nagar-Aveli, em Julho e Agosto 1954, e de que essa responsabilidade lhe torna impossível justificar as violações dos direitos que se reconhece caberem a Portugal.

Todas as provas me levam à conclusão de que as disposições tomadas pelas autoridades indianas, no que respeita ao trânsito de Portugueses entre Damão e os enclaves, se destinaram a facilitar a acção dos bandos armados que invadiram os enclaves e a assegurar-lhes a impunidade. As forças de polícia que se encontravam estacionadas em torno dos enclaves não permitiram que ninguém de Damão entrasse nos enclaves, mas não se opuseram à entrada dos invasores.

52. No que respeita particularmente à recusa de passagem dos delegados do governador de Damão, deve chamar-se a atenção para uma contradição flagrante. Na sua nota de 28 Julho 1954, o Governo da União Indiana apresenta como razão para a recusa o estado de tensão que teria sido criado entre a população indiana em consequência do que designa como acções repressivas das autoridades portuguesas muito antes do ataque a Dadrá. Mas esta tensão — se existiu — não impediu que fossem concedidos vistos ao governador de Damão para ir a Dadrá e regressar, na própria véspera do ataque. Nas circunstâncias alegadas

pela União Indiana, ninguém poderia, pela sua passagem, excitar maior hostilidade do que o governador de Damão. Mas nada desse género ocorreu. Então por que se iria supor que a passagem dos seus delegados, que iriam desarmados, teria repercussões diferentes?

53. De tudo quanto disse concluo que:

a) Portugal provou que é titular de um direito de trânsito através do território da União Indiana para tudo o que for necessário para o pleno exercício da sua soberania sobre os enclaves de Dadra e de Nagar-Aveli;

b) Este direito não pode deixar de incluir a passagem de elementos da força pública e das armas necessárias para a manutenção da ordem interna, isto é, para o exercício das funções de policiamento nesses territórios;

c) A União Indiana agiu contrariamente às obrigações legais que lhe foram impostas pelo direito de passagem de Portugal.

a) MANUEL FERNANDES