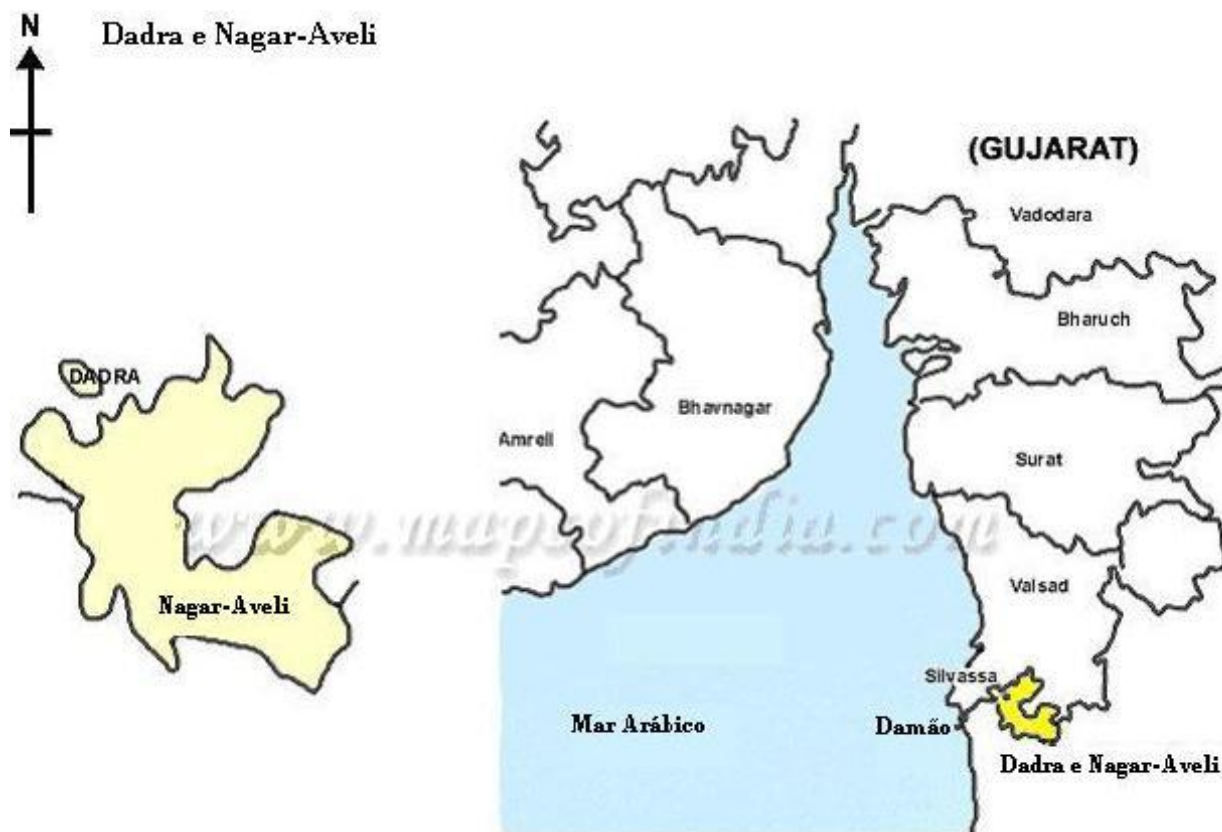


**TRABALHO SOBRE O PROCESSO PORTUGAL V. INDÍÁ, CASO DO DIREITO DE
PASSAGEM, NO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA,
ACÓRDAO DE 12 DE ABRIL DE 1960.**



INDÍCE:

<u>INTRODUÇÃO</u>	<u>2</u>
<u>PLEITO E DECISÃO DO TRIBUNAL</u>	<u>3</u>
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	<u>11</u>

Marco Binã, 04.12.05

Introdução

Portugal é o primeiro da Europa a descobrir um caminho marítimo para a Índia, por Vasco da Gama, no séc. XV. Não foi fácil para os portugueses defenderem dos ingleses, dos holandeses e dos próprios príncipes da Índia, os seus investimentos neste que ficou conhecido como o Estado Português da Índia.

Foi rechaçada a presença portuguesa na Índia e quem exercia soberania sobre o remanescente do território da Índia eram os príncipes locais, entre eles os maratas, mas em meados do séc. XIX, dá-se o “motim dos sipaios” ao que os historiadores referem atizados pelos ingleses e estes, os ingleses, face à desordem que grassava restabelecem a ordem e anunciam publicamente, o que há muito anelavam, em 1858, são os administradores directos do Império indiano. 19 anos mais tarde a rainha Victória é proclamada Imperatriz das Índias. Quando se dão estes acontecimentos já vigorava o tratado celebrado entre Portugal e o soberano marata em 1779, o Tratado de Ponant, que conjuntamente com os decretos emitidos pelo soberano marata, entre 1783 e 1785, confeririam a Portugal, direitos sobre os enclaves de Dadra e Nagar-Aveli.

Em 1878, Portugal e a Inglaterra concluem um Tratado, a que se seguiram outros acordos, em 1913, 1920 e 1940.

Pela força dos ideais do movimento de libertação liderado por Mahatma Ghandi, contra o Império Britânico na Índia, em 1947, com o Indian Independence (Internacional Arrangements) Order, o *Dominum of Índia* sucedeu nos direitos e obrigações internacionais da Índia britânica. Dois anos depois, a 26 de Novembro de 1949 é aprovada a nova constituição e a república proclamada a 24 de Novembro de 1950. Nesta data o Estado Português da Índia era constituído apenas pelos territórios de Goa, Damão e Diu e pelos enclaves de Dadra e Nagar-Aveli (ver mapa)¹.

A 21 e 22 de Julho de 1954, a Índia impede a Portugal a passagem de Damão àqueles enclaves, por parte de súbditos portugueses de origem europeia,

¹ Estes territórios serão, mais tarde, tomados pela força das armas, pela União Indiana entre 17 e 18 de Dezembro de 1961.

portugueses de origem indiana ao serviço do Governo de Portugal na Índia e a uma delegação que o Governador de Damão se propôs a enviar a Dadra e a Nagar-Aveli.

Pleito e Decisão do Tribunal

Por Petição escrita depositada a 22 de Dezembro de 1955, ao Tribunal de Justiça Internacional, o Governo português deu início ao processo em apreço, em vista a que o Tribunal reconheça e declare que Portugal é o titular ou beneficiário de um direito de passagem entre o seu território de Damão, ao litoral e os enclaves de Dadra e Nagar-Aveli e entre estes e que este direito compreendia a faculdade da passagem de pessoas e bens, aqui incluídas as forças armadas e policiais e armas e munições, sem restrições ou dificuldades e da maneira e na medida necessária para o exercício efectivo da soberania portuguesa sobre aqueles territórios e que decidisse o Tribunal que a União Indiana estava na obrigação de parar imediatamente de impedir o exercício do direito de passagem a favor de Portugal em questão, onde ao mesmo tempo que cometia uma ofensa à soberania portuguesa sobre aqueles territórios ditos «encravados», violava obrigações internacionais que lhe competiam cumprir.

Na Petição o Governo de Portugal fez menção expressa às respectivas declarações de aceitação da jurisdição obrigatória do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, nos termos do art. 36.º, 2.º parágrafo (no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, seu sucessor, é o art. 36.º, n.º2) depositadas, nomeadamente, pelo Governo de Portugal a 19 de Dezembro de 1955 e pelo Governo da União Indiana a 28 de Fevereiro de 1940.

Por sua vez, o Governo da União Indiana levantou seis objecções processuais ao prosseguimento do processo, as quais no seu entender deviam ser atendidas e por consequência o tribunal não poderia nem deveria exercer jurisdição sobre o mérito da causa:

- A primeira objecção processual consistia na nulidade da declaração em que Portugal aceita a jurisdição do Tribunal, por esta declaração conter uma cláusula em que o Governo de Portugal se reservava ao direito de excluir do

âmbito de aplicação da presente Declaração de Aceitação, a todo o momento em que a mesma estivesse a produzir efeitos jurídicos, uma ou mais categorias determinadas de questões, para o que endereçaria ao Secretário Geral das Nações Unidas uma notificação que não deveria produzir em caso algum efeitos retroactivos. Fundamentava a União Indiana a nulidade da Declaração na incompatibilidade desta reserva mencionada com o objecto e finalidade da possibilidade que o Estatuto do Tribunal abria para reservas daquele género.

Por 14 votos contra três, o Tribunal decidiu que a reserva de Portugal, à sua Declaração de Aceitação, não estava viciada e portanto não se pronunciou sobre a eventual subsistência da Declaração, no caso em que aquela reserva fosse inválida pelos motivos invocados no processo pelo Governo da União Indiana.

É minha opinião que ainda que o Tribunal tivesse declarado a invalidade daquela reserva, deveria aplicar-se o princípio de que o viciado não prejudica o útil e favorecer-se a validade da Declaração.

- A segunda objecção processual fundamentava-se na tese de que tendo sido a Petição depositada antes do Governo da União Indiana ter percebido a notificação da Declaração de Aceitação da jurisdição obrigatória do Tribunal por parte de Portugal, a aceitação desta Petição era ilícita porque violadora dos princípios da igualdade e da reciprocidade a que União Indiana tinha direito por força do regime das reservas do género daquela que Portugal fizera á sua Declaração de Aceitação e por força de uma condição expressa de reciprocidade contida na Declaração de Aceitação da União Índia.

Também por 14 votos contra três, foi rejeitada esta objecção. O Tribunal afirmou que qualquer Estado que tenha aceite a jurisdição obrigatória do Tribunal está sujeito a que qualquer outro Estado parte do Estatuto proponha contra si Petição ainda que este desconheça a adesão daquele ao Estatuto e que qualquer Estado parte tem direito a propor a Petição, independentemente da diligência do Secretário-Geral. O Tribunal declarou ainda que o Governo da União Indiana não demonstrou devidamente qual direito era violado por esta Petição ter sido aceite naquelas circunstâncias.

- A terceira invocava a inobservância de negociações diplomáticas antes do depósito da Petição que tivessem permitido a definição dos termos do diferendo e fixado o objecto da lide.

Por 16 votos contra um, o Tribunal rejeitou esta objecção por considerar que dos protestos reiterados por parte do Governo de Portugal na ocasião dos factos que fundamentam a lide e do exame da correspondência trocada por ambas as partes, resultava a suficiente definição da lide objecto do processo.

- A quarta objecção processual do Governo da União Indiana ao prosseguimento da instância, baseava-se na impossibilidade da União Indiana ter podido exercer a reserva que fizera à respectiva Declaração de Aceitação.

Por 15 votos contra dois, rejeitou o Tribunal esta objecção limitando-se a lembrar à União Indiana os fundamentos porque havia rejeitado a segunda objecção: o Estatuto não estabelecia qualquer diferimento no tempo obrigatório entre o depósito da declaração de aceitação e o depósito da petição.

- A quinta fundamentava-se na reserva da Declaração de Aceitação que a União Indiana fizera e que excluía da jurisdição do Tribunal todas as questões que de acordo com o direito internacional fossem do foro interno da Índia. O Governo da União Indiana argumentava que a causa em apreço era do foro interno e da sua plena jurisdição e obviamente excluía de qualquer jurisdição internacional.

Por 13 votos contra quatro, o Tribunal decidiu estender a decisão sobre o mérito da causa a esta objecção.

Na minha opinião, esta devia ter sido entendido como uma questão meramente processual para efeitos deste processo, pois da sua resolução resultava o poder-dever do Tribunal exercer jurisdição sobre esta causa e não a resolução definitiva sobre o pedido objecto do processo.

- A sexta objecção consistia no pedido ao tribunal que este verificasse que a Declaração de Aceitação que vinculava a União Indiana se limitava às questões e factos surgidas após o 5 de Fevereiro de 1930 e que, a objecto do processo havia nascido antes dessa data, assim como os factos que sustentam a lide respeitam a situações também anteriores àquela data.

Por 15 votos contra dois, o Tribunal decidiu estender as observações sobre o mérito da causa à decisão sobre esta objecção.

Pelos mesmos motivos que afirmei quanto á decisão processual sobre a quinta objecção tenho opinião contrária a esta do Tribunal.

Rejeitadas as objecções ao exercício da jurisdição do tribunal sobre o mérito da causa deste processo, aduzidas pelas partes e não conhecendo outras, o Tribunal concluiu pelo seu poder-dever de jurisdição sobre o mérito da causa objecto do processo.

Na apreciação do mérito da causa o tribunal começou por observar que o litígio em causa só se constituiu em todos os seus elementos no momento em que a União Indiana dificulta o exercício do direito de passagem em causa, pelo que não deve considerar-se este litígio nascido antes deste momento. A rejeição desta que foi a quinta objecção processual foi adoptada por treze votos contra dois.

Observou também o Tribunal que o direito invocado por Portugal deveria ser apreciado tal como ele existia no momento imediatamente anterior ao dos eventos em causa cuja composição fundamenta a lide.

Por onze votos contra quatro, decidiu o Tribunal pela rejeição daquela que foi a sexta objecção processual aduzido pelo Governo da União Indiana observado que durante o processo a própria União Indiana tratara da causa como quid de direito internacional, nomeadamente na invocação do Tratado de Ponant para a determinação dos poderes de Portugal sobre aqueles territórios.

O conceito de matéria de direito internacional é evolutivo e apesar de haver matérias que hoje estão indubitavelmente fora do âmbito da exclusividade da jurisdição estadual, como as respeitantes aos direitos humanos outras há que só são de direito internacional na medida em que os Estados as tragam para este

âmbito, colocando-as ao alcance de compromissos internacionais ou sendo objecto de intervenções «autoritárias» de organizações internacionais.

Por onze votos contra quatro o Tribunal declarou que Portugal tinha poderes soberanos sobre aqueles territórios não pelo título que invocava que no processo ficou entendido que apenas daria, o Tratado de Ponant, a Portugal, um direito de perceber rendas nos territórios de Dadra e Nagar-Aveli, assim como tal soberania não resultava também dos decretos emitidos pelos maratas, apenas aquele direito de ordem fiscal chamado “*jagir*” ou “*saranjam*”. Mas dado que a Inglaterra reconheceu de facto e implicitamente a soberania portuguesa sobre aqueles territórios e tal reconhecimento foi seguido tacitamente pela União Indiana, em consequência, aqueles territórios adquiriram o carácter de enclaves portugueses em território indiano e o direito de passagem para esses enclaves deu lugar a uma prática entre os portugueses e o soberano territorial que foi observada uniformemente tanto pelos britânicos e posteriormente pela União Indiana que lhe sucedeu nos direitos e obrigações respeitantes às competências territoriais sobre este território.

A passagem das pessoas privadas e funcionários civis não eram submetidas pelo soberano territorial a qualquer restrição que não fosse de controlo normal e nesta conduta da Inglaterra e depois da União Indiana, observou-se que era praticada acompanhada da convicção da respectiva obrigatoriedade, assim como no que respeitava à circulação de mercadorias em geral. Pelo que declarou o Tribunal, por onze votos contra quatro, a existência de um costume local que conferia a Portugal um direito de passagem entre Damão e Dadra e Nagar-Aveli e entre estes dois últimos, na medida do necessário ao exercício da respectiva soberania naqueles territórios, para as pessoas privadas, funcionários civis e circulação de mercadorias em geral.

O Tribunal não deu provimento á objecção do Governo da União Indiana de que um costume local se pudesse constituir apenas entre dois estados.

Observou o Tribunal que este direito de passagem não se estendia à passagem das forças armadas portuguesas, polícias armadas portuguesas, armas e munições

pertencentes a Portugal, pois estas não passavam entre Damão e aqueles enclaves com o mesmo título que as outras entidades e que após o Tratado de 1878 entre Inglaterra e Portugal e o Indian Arms Act do mesmo ano, só passavam com autorização prévia dos britânicos e depois dos indianos, dada em conformidade com um acordo recíproco anterior, que pelos factos que constam do processo não obrigavam o Império Britânico da Índia e depois a União Indiana a autorizar a passagem. Portanto, quanto ao que respeitava á passagem destes decidiu o Tribunal que o costume local afirmado não o abrangia e que se os britânicos ou os indianos alguma vez deixaram passar estas entidades não era com a convicção da obrigatoriedade de os deixar passar, nem sequer estas entidades a tinham quando efectuavam tal passagem como se pôde deduzir da declaração do Governador do Estado Português da Índia, de 22 de Dezembro de 1890 quando acusado pelos britânicos de violar o Tratado de 1878 “as tropas portuguesas não atravessam território britânico sem autorização prévia”² entendida em conjunto com a declaração de 1 de Maio de 1891 do Secretário-Geral do Estado Português da Índia em que dizia que “o Governo a que pertencia daria as ordens necessárias á observação do Tratado”² pelo que o Tribunal, fundamentado na vinculação de Portugal a não utilizar aquela passagem para a circulação de forças armadas, policias armadas, armas e munições, sem autorização prévia do soberano territorial, concluiu por oito votos contra sete que quanto a estas entidades e mercadorias Portugal não tinha o direito de passagem invocado.

Em minha opinião, ainda que partindo do princípio que estas declarações foram colocadas em processo no seu devido contexto, admito que um costume local possa ter surgido entre 1890 e 1954 em derrogação das disposições do Tratado, pois um costume local pode derogar um tratado na medida em que as partes do costume são as mesmas do Tratado. Pelo que existindo esse costume, devia ter sido sancionado pelo Tribunal a extensão do direito de passagem às forças armadas, policiais armadas, armas e munições. Observe-se também que o Tribunal não deixou claro ao analisar esta questão de mérito que cumpriu o princípio enunciado na decisão à quinta objecção processual deduzida pelo Governo da

² Citado a partir da decisão do Tribunal.

União Indiana, de que o direito de Portugal devia ser analisado tal como existia no momento imediatamente anterior ao da constituição do litígio.

O Tribunal não ficou elucidado quanto à norma de direito internacional geral que a União Indiana violava ao dificultar a passagem dos súbditos portugueses europeus e indianos ao serviço do Governo português e à delegação que o Governador português de Damão quis enviar aos territórios de Dadra e Nagar-Aveli.

A existência de um princípio geral de servidão de passagem ou de trânsito é difícil de sustentar, dada a controvérsia dos termos e extensão destes direitos que dependem em qualquer caso da existência de circunstâncias especiais que vinculem o estado que deve dar servidão. É mais viável sustentar a existência deste tipo de direitos com base em licenças ou em costumes locais, além dos tratados.

Como se verifica nesta decisão do Tribunal não é necessária a categoria do direito geral de servidão para explicar direitos consuetudinários locais ou de tratados bilaterais que sobrevivem à mudança de soberania de uma ou ambas as partes no direito e correspondente dever de dar passagem.

Decidiu também o Tribunal, por nove votos contra seis, que os impedimentos que o Governo da União Indiana opôs àquela passagem eram adequados ao controlo normal que podia exercer àquela passagem. Especialmente, numa situação em que a ordem pública do soberano do território estava em causa.

A doutrina é da opinião que o poder de regulamentação do soberano territorial sobre a passagem pelo seu território por quem tenha tal direito, deve ser moderado de modo a que não relegue para mera tolerância discricionária o exercício desse direito de passagem por parte do respectivo titular.

A questão da reversão das concessões atribuídas pela potência colonial quando o povo exerce o seu direito à autodeterminação.

Fundamentando-se o direito á autodeterminação dos povos como princípio da categoria de *ius cogens* o seu exercício por parte do povo indiano como se verificou extinguiria tais concessões, assim como não estaria vinculado ao reconhecimento da soberania portuguesa sobre os territórios de Dadra e Nagar-Aveli. Não obstante a eventual validade deste argumento, tal não teria tido provimento no caso em apreço dado que a União Indiana observou com convicção de obrigatoriedade o reconhecimento da soberania de Portugal sobre aqueles enclaves e com a mesma convicção a prática de dar passagem para esses territórios, ainda que apenas nos termos declarados pelo Tribunal. Esta argumentação, portanto, por parte da União Indiana seria desconsiderada por constituir *venire contra factum proprium* e violador do princípio da boa fé. Estes foram os argumentos que venceram por maioria quando, proposta pelo Juiz Moreno Quintano, o Tribunal neste processo apreciou este aspecto jurídico da questão.

O Juiz Moreno Quintano fundamentou o seu voto dissidente nesta argumentação de que dado o exercício do princípio à autodeterminação dos povos, a União Indiana não estava vinculada aos ónus que limitavam o exercício das competências territoriais que estava a recuperar.

Por outro lado, colocada a questão noutros termos e apreciada da perspectiva da sucessão de estados, o princípio *nemo dat quod non habet*, afirma que um Estado que sucede a outro não pode revogar um ónus que o próprio predecessor não tinha o poder de revogar.

No processo do Tribunal Internacional de Justiça, vigora o princípio processual da verdade formal e o princípio processual do dispositivo, tal como se pode deduzir dos artigos 36.º, n.º1 do Estatuto “A competência do Tribunal abrange todas as questões que as partes lhe submetam”, art. 49.º “O Tribunal poderá, ainda antes do início da audiência instar os agentes a apresentarem quaisquer documentos ou a fornecerem qualquer explicação”, art. 52.º “Depois de receber as provas...” e nenhuma norma quer do Estatuto quer das Instruções de Procedimento confere ao Tribunal o poder-dever de *ex officio* trazer factos novos

para o processo e art. 53.º que prevê o efeito cominatório semi-pleno ao estado revel parte no processo.

No entanto, os factos subjacentes à questão jurídica da reversão das concessões atribuídas pela potência colonial quando o povo exerce o seu direito á autodeterminação, deviam ser considerados factos notórios e quanto a estes não devia ficar o Tribunal limitado à vontade das partes no processo em introduzi-los no processo, apesar de do Estatuto ou das Instruções de Procedimento não resultar qualquer regra ou orientação quanto aos factos notórios.

Bibliografia

- www.icj-cij.org;
- Anthony D'Amato, **The Concept Of Special Custom In International Law**, 63 American Journal of International Law 211 (1969) Code A69b;
- Ian Broulie, **Princípios de Direito Internacional Público**, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1997;
- Nguyen Quoc Dinh, Patrick Deillier, Alain Pilllet, **Direito Internacional Público**, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1999;
- **Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura**, Edição Séc. XXI;
- **Grande Dicionário Enciclopédico**, Verbo;