

Exmo.º Senhor Conselheiro

Presidente do Tribunal Constitucional

I

Introdução

O Representante da República para a Região Autónoma dos Açores, ao abrigo do disposto no artigo 281º, n.º 1, alíneas *c) e d)*, e n.º 2, alínea *g)*, da Constituição e no artigo 51º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, na redação em vigor, vem requerer ao Tribunal Constitucional, em processo de fiscalização abstracta sucessiva, a declaração, com força obrigatória geral, da ilegalidade do disposto no artigo 52º do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de março – diploma que disciplina no plano nacional o *“regime jurídico de revelação e aproveitamento de bens naturais existentes na crosta terrestre, genericamente designados por recursos geológicos, integrados ou não no domínio público”* –, bem como da totalidade do regime do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, de 9 de maio – diploma este que se estriba naquele preceito da República para estabelecer *“o regime jurídico de revelação e aproveitamento de bens naturais existentes na crosta terrestre, genericamente designados por recursos geológicos, integrados ou não no domínio público, do território terrestre e marinho da Região Autónoma dos Açores”*.

Com efeito, o mencionado artigo 52º – onde se lê que “*o disposto no presente diploma é aplicável às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, sem prejuízo das competências dos órgãos de governo próprio e de diploma regional adequado que lhe introduza as necessárias adaptações*” –, bem como a disciplina jurídica recentemente definida ao seu abrigo pelo Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A são materialmente desconformes – o primeiro, supervenientemente, o segundo, originariamente – com o *princípio da gestão partilhada*, entre a República e a Região Autónoma dos Açores, dos poderes legal e jusinternacionalmente reconhecidos ao Estado português sobre as zonas marinhas sob soberania ou jurisdição nacional adjacentes ao arquipélago dos Açores, tal como consignado no n.º 3 do artigo 8º do respetivo Estatuto Político-Administrativo.

II

Enquadramento jurídico-constitucional e estatutário

1. As preocupações reveladas pelo texto constitucional em relação ao mar e ao seu enquadramento jurídico serão porventura substancialmente diferentes daquelas que hoje dominam o debate público na sociedade portuguesa: na Constituição o mar é encarado, em primeiro lugar, como uma parte do *território nacional*, que importa delimitar e que constitui objeto do exercício de poderes soberanos; o mar é ainda visto, em segundo lugar, como um *bem dominial* e, mais precisamente, como um bem que integra o domínio público necessário do Estado.

Assim, por um lado, o n.º 2 do artigo 5º da Constituição determina que “*a lei define os limites e a extensão das águas territoriais, a zona económica exclusiva e os direitos de Portugal aos fundos marinhos contíguos*”. Nessa sequência, a alínea g) do artigo 164º integra essa lei na *reserva absoluta* de competência da Assembleia da República (cfr. Lei n.º 34/2006, de 28 de julho).

Por outro lado, a alínea a) do n.º 1 do artigo 84º da Constituição afirma que “*as águas territoriais com os seus leitos e fundos marinhos contíguos*” pertencem ao domínio público – entenda-se ao domínio público estadual, em conformidade com a lei que, nos termos do n.º 2, deve proceder à repartição dos bens dominiais pelo Estado, pelas regiões autónomas e pelas autarquias locais. Nessa sequência, a alínea v) do n.º 1 do artigo 165º coloca a “*definição e regime dos bens do domínio público*” no seio da *reserva relativa* de competência legislativa da Assembleia da República (cfr. Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro).

2. Significativamente, ao longo do seu articulado a Constituição só volta a pronunciar-se sobre o enquadramento jurídico do mar uma única vez, quando na alínea s) do n.º 1 do artigo 227º se confere às regiões autónomas o poder de “*participar na definição das políticas respeitantes às águas territoriais, à zona económica exclusiva e aos fundos marinhos contíguos*”. Quer isto dizer, portanto, que olhando à condição insular dos Açores e da Madeira e à sua profundíssima ligação ao mar, o legislador constituinte entendeu por bem inserir no modelo de relacionamento entre o Estado e as regiões autónomas um poder especial de participação, que de certa forma contrabalançasse quer a dupla reserva de competência legislativa do Parlamento, quer a circunstância de a definição das políticas em causa ter de efectuar-se ao nível nacional (cfr., Ana Maria Guerra Martins, *A participação das Regiões Autónomas nos assuntos da República*, Coimbra, 2012, pp. 66-67).

Por outras palavras, segundo o modelo constitucional, a governação *latíssimo sensu* do mar há de refletir tanto a *natureza unitária do modelo de Estado* consagrado pela Constituição (artigo 6º e artigo 225º), quanto o *paradigma constitucional de regionalismo cooperativo* que preside às relações entre o Estado e as suas regiões autónomas (artigo 229º). Se aquela natureza unitária se manifesta através das referidas reservas de competência legislativa em favor dos órgãos de soberania – e do Parlamento em particular – , bem como por meio da necessidade de uma definição nacional das correspondentes políticas, este paradigma de regionalismo cooperativo desemboca antes de mais no

reconhecimento de um especial poder regional de participação: tanto na feitura daquelas leis reservadas (227º, n.º 1, alínea v) e 229º, n.º 2), como no processo de delineamento destas políticas nacionais (227º, n.º 1, alínea s) e 229º, n.º 2).

3. Não se ficam por aqui os traços fundamentais do modelo constitucional de repartição de competências entre o Estado e as regiões autónomas no que respeita ao mar. Com efeito, é importante sublinhar que as duas reservas de competência legislativa da Assembleia da República não esgotam a totalidade das disciplinas jurídicas que têm o mar por objeto: elas cingem-se a duas perspetivas específicas de abordar a problemática do mar, admitindo-se hoje – incluindo na jurisprudência do Tribunal Constitucional e, em particular, nos termos definidos pelo Acórdão n.º 402/2008 (cfr., para a análise do percurso jurisprudencial, Acórdãos n.ºs. 280/90, 330/99, 131/2003, 288/2004 e 654/2009) – que elas deixam espaço para intervenções legislativas regionais, mormente quando estas se limitem no essencial a dispor sobre a gestão económica dos recursos do mar e das suas potencialidades e sobre a conservação do seu equilíbrio ecológico. Ou seja, quando não ponham em causa nem o *estatuto da sua territorialidade* nem o essencial do *regime da sua dominialidade*.

Ademais, mesmo quando as matérias em questão se encontram efetivamente reservadas aos órgãos de soberania, não pode esquecer-se que a Constituição não obriga por regra o legislador a fazer uma lei autónoma (e nominada) só sobre os conteúdos objeto dessa reserva. Por isso, quando se trata de disciplinar matérias que envolvam o relacionamento entre o Estado e as regiões autónomas, leis reservadas aos órgãos de soberania são, acima de tudo, os próprios Estatutos Político-Administrativos – os quais, como é sabido, apresentam igualmente na sua origem e no seu processo de formação uma intervenção qualificada dos órgãos regionais (artigo 226º).

Daí que os Estatutos Político-Administrativos sejam leis absolutamente incontornáveis quando se trata da definição do regime jurídico do mar português. Tomando o Estatuto da Região Autónoma dos Açores – porque a questão jurídica que ora se submete

ao Tribunal Constitucional respeita aos Açores, mas também porque é o mais recente e o que contém disposições mais desenvolvidas sobre a matéria em apreço □ : é nele que, antes de mais, se procede à delimitação do *território terrestre e marítimo regional*, como parcelas do território terrestre e marítimo nacional (artigo 2º, n.º 2); é nele que, igualmente, se faz o elenco dos bens que integram o *domínio público da Região*, e se exclui desse elenco o domínio público marítimo (do Estado) (artigo 22º, n.º 3).

4. Em particular, é no Estatuto Político-Administrativo que se encontra o artigo 8º, que reza da seguinte forma:

Artigo 8.º

Direitos da Região sobre as zonas marítimas portuguesas

1 - A Região tem o direito de exercer conjuntamente com o Estado poderes de gestão sobre as águas interiores e o mar territorial que pertençam ao território regional e que sejam compatíveis com a integração dos bens em causa no domínio público marítimo do Estado.

2 - A Região é a entidade competente para o licenciamento, no âmbito da utilização privativa de bens do domínio público marítimo do Estado, das atividades de extração de inertes, da pesca e de produção de energias renováveis.

3 - Os demais poderes reconhecidos ao Estado Português sobre as zonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional adjacentes ao arquipélago dos Açores, nos termos da lei e do direito internacional, são exercidos no quadro de uma gestão partilhada com a Região, salvo quando esteja em causa a integridade e soberania do Estado.

4 - Os bens pertencentes ao património cultural subaquático situados nas águas interiores e no mar territorial que pertençam ao território regional e não tenham proprietário conhecido ou que não tenham sido recuperados pelo proprietário dentro do prazo de cinco anos a contar da data em que os perdeu, abandonou ou deles se separou de qualquer modo, são propriedade da Região.

A interpretação sistemática deste preceito permite antes de mais identificar dois aspetos importantes para a delimitação *negativa* do seu conteúdo: por uma banda, nele não se atribuem quaisquer competências legislativas regionais, que são definidas noutra sede estatutária (artigos 49º a 67º e, em particular, no artigo 53º); por outra banda, nele não se trata da titularidade do domínio público e muito menos se põe em causa a sua titularidade estadual (n.º 3 do artigo 22º).

Pela *positiva*, da sua leitura ressalta um modelo de repartição das atribuições e competências que, no âmbito da função administrativa, hão-de pertencer ao Estado e à Região Autónoma dos Açores no que respeita ao mar e, em particular, ao domínio público marítimo. Mais precisamente, nele se demarcam (pelo menos) três domínios competenciais distintos:

- a) De um lado, uma *reserva absoluta de Governo da República*, respeitante a todas aquelas competências que envolvam o exercício de prerrogativas soberanas ou que pela sua natureza devam ser exercidas de forma unitária em todo o território nacional (segunda parte do n.º 1 e segunda parte do n.º 3);
- b) Do lado oposto, uma *competência tendencialmente reservada à Região* de licenciamento (e atuações afins) nas áreas da extração de inertes, das pescas e da produção de energias renováveis (n.º 2);
- c) A meio termo entre uma e outra, situa-se por fim uma ampla zona (residual) de competências concorrenciais entre o Estado e a Região, a qual deve subordinar-se a um *princípio de gestão partilhada*: ou seja, em que o legislador deve estabelecer mecanismos de co-decisão ou de cooperação ou procedimentos reforçados de consulta (primeira parte do n.º 1 e primeira parte do n.º 3).

Porque a realidade é sempre demasiado complexa para caber nos limites de uma qualquer classificação, não se tratará obviamente aqui de três domínios competenciais que possam ser recortados com precisão cirúrgica. Haverá entre eles zonas cinzentas e sobreposições inevitáveis. Desde logo, a ideia de exercício conjunto de poderes de gestão presente no n.º 1 parece depois declinar-se em duas variantes, uma de maior pendor

regional (n.º 2) e outra de maior equilíbrio entre o Estado e a Região (n.º 3). Mas, por isso mesmo, é forçoso reconhecer que o artigo 8º é um *preceito não exequível por si mesmo* e, mormente, que não pode haver verdadeira gestão partilhada sem uma intervenção legislativa dos órgãos de soberania que determine – naturalmente após participação das instâncias regionais – os termos dessa mesma partilha. Na verdade, como resulta da jurisprudência do Tribunal Constitucional, quando um regime jurídico envolve necessariamente entidades nacionais e entidades regionais, a sua definição legal só pode caber aos órgãos de soberania (Acórdão n.º 258/2007). A definição primária desse regime por fonte legislativa regional violaria o parâmetro do “*âmbito regional*”, contido na alínea a) do n.º 1 do artigo 227º, no sentido “institucional” (e não necessariamente “material”) que foi definitivamente atribuído àquele conceito pelo Acórdão n.º 304/2011.

5. Na sequência da terceira revisão do seu Estatuto Político-Administrativo, a Região Autónoma dos Açores tem produzido diversos diplomas legais sobre matérias relativas ao mar, que envolvem a densificação normativa das suas competências estatutárias em matéria de gestão do mar (artigo 8º, n.º 2, e artigo 53º) e, bem assim, em áreas conexas relativas ao turismo (artigo 55º, n.º 2, alíneas d) e e)), à atividade portuária (artigo 56º, n.º 2, alínea f)), e à proteção do ambiente marinho e costeiro (artigo 57º, n.º 2, alíneas b), g) e m)).

Nomeadamente:

- a) Decreto Legislativo Regional n.º 9/2010/A, de 8 de março, que aprova o regime de extração de inertes na faixa costeira e no mar territorial dos Açores;
- b) Decreto Legislativo Regional n.º 29/2010/A, de 9 de novembro, que regulamenta o exercício da pesca e da atividade marítima na pesca;
- c) Decreto Legislativo Regional n.º 16/20011/A, de 30 de maio, sobre gestão das zonas balneares, da qualidade da água e da prestação de assistência a banhistas;

- d) Decreto Legislativo Regional n.º 22/2011/A, de 4 de julho, relativo ao exercício da atividade de aquicultura na Região Autónoma dos Açores;
- e) Decreto Legislativo Regional n.º 24/2011/A, de 22 de agosto, que estabelece o Sistema Portuário dos Açores;
- f) Decreto Legislativo Regional n.º 28/2011/A, de 16 de novembro, que estrutura o Parque Marinho dos Açores.

Contudo, a matéria versada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, ora sob sindicância, não recaindo sobre as “*atividades de extração de inertes, da pesca e de produção de energias renováveis*” (n.º 2 do artigo 8º), mas respeitando antes “*aos demais poderes reconhecidos ao Estado Português sobre as zonas marítimas*” (n.º 3 do artigo 8º), pressupõe a existência de uma definição legislativa prévia, por parte dos órgãos de soberania, de um quadro de repartição de competências entre as autoridades nacionais e as autoridades regionais – definição essa que, manifestamente, não se encontra no artigo 52º do Decreto-Lei n.º 90/90. Neste sentido, o artigo 8º e, em particular, o seu n.º 3, não representa apenas um parâmetro delimitador das competências administrativas regionais, mas implica para o legislador nacional a responsabilidade de estabelecer as traves mestras de um quadro legislativo ordinário que possa corresponder à ideia de gestão partilhada dos poderes em causa.

III

Análise jurídico-constitucional e estatutária das normas sindicadas

6. Numa primeira aproximação, o Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, ao abranger no seu âmbito de aplicação recursos geológicos que se situam no domínio público marítimo, parece versar sobre uma matéria que integra a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (165º, n.º 1, alínea v) e artigo 84º da Constituição).

Em segundo lugar, é sabido que a própria alínea i) do n.º 2 do artigo 53º do decreto que originariamente continha a terceira revisão do Estatuto Político-Administrativo – alínea onde se dizia competir à Região legislar sobre “*os regimes de licenciamento, no âmbito da utilização privativa dos bens do domínio público marítimo do Estado, das atividades de extração de inertes e da pesca*” – foi considerada inconstitucional, em sede de fiscalização preventiva, pelo Acórdão n.º 402/2008 (pp. 5714-5716 do DR n.º158, Série I, de 18.08.2008).

Em terceiro lugar, sendo o domínio público marítimo pertença do Estado – como resulta do n.º 3 do artigo 22º do Estatuto e do artigo 4º da já mencionada Lei n.º 54/2005 –, a Região não poderia legislar sobre o respetivo regime jurídico sem exceder o âmbito regional (não num sentido puramente “geográfico” ou “territorial”, mas no sentido “institucional” que foi fixado para este conceito pelo Acórdão n.º 304/2011).

Em síntese, o Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A pareceria violar em simultâneo os três parâmetros delimitadores da competência legislativa regional estabelecidos pela alínea a) do n.º 1 do artigo 227º: matérias reservadas; previsão estatutária; e âmbito regional.

7. Uma análise substancial do regime do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A infirma, contudo, a ideia de que o mesmo padece de inconstitucionalidade orgânica – vício relativamente ao qual, aliás, não é seguro que o Representante da República tenha legitimidade para suscitar em sede de fiscalização sucessiva, ao abrigo da alínea g) do n.º 1 do artigo 281º (cfr., em sentido afirmativo, Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra, 2007, pp. 809-810, Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, II, Coimbra, 2005, pp. 163-166).

Com efeito, de um prisma substancial, o Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A não corresponde verdadeiramente ao exercício de uma competência legislativa, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 227º, mas à regulamentação de uma “*lei emanada dos órgãos de soberania*”, ao abrigo da segunda parte da alínea d) do mesmo preceito

constitucional. A lei regulamentada é naturalmente o referido Decreto-Lei n.º 90/90, que, como se viu, contém no seu artigo 52º, uma habilitação para o exercício dessa competência por parte dos órgãos regionais. Deste artigo – que, aliás, parece encontrar paralelo no artigo 28º da Lei n.º 54/2005 – pode depreender-se que:

- a) O Decreto-Lei n.º 90/90 tem como âmbito espacial de aplicação a totalidade do território nacional, não podendo as regiões autónomas ser excluídas;
- b) As competências (administrativas) dos órgãos de governo próprio não são prejudicadas (pelas competências que ao longo do diploma são atribuídas ao Governo da República);
- c) Um diploma (regulamentar) regional deverá estabelecer as adaptações orgânicas (ou eventualmente outras) tidas por necessárias à sua aplicação efetiva no território regional;
- d) Essa aplicação deverá ser levada a cabo pelos próprios órgãos regionais (dado que não faria sentido que órgãos do Estado fossem chamados a aplicar um diploma emanado dos órgãos de governo próprio).

Quer isto dizer que, não só o Decreto-Lei n.º 90/90 não reserva para os órgãos de soberania a sua regulamentação, como prevê a sua regulamentação por diploma regional e a sua execução pelas respetivas administrações regionais. Na mente do legislador estaria, porventura, a circunstância de os órgãos da Administração central competentes para executar o regime em causa (no Continente) não terem serviços desconcentrados (periféricos) nos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

Por outras palavras, terá sido entendimento do legislador nacional que, apesar de a matéria em questão, no plano legislativo, se inserir na reserva de competência da Assembleia da República, não se justificava, no plano administrativo, integrar a aplicação do diploma referido na denominada “*reserva de Governo da República*” (cfr., sobre este conceito, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, Coimbra, 2010, pp. 673-674). Afinal, uma coisa é a defesa, o controlo ou a fiscalização

do domínio público marítimo – atividades que envolvem o exercício de poderes soberanos – , outra bem diversa é o mero aproveitamento económico dos recursos aí existentes.

8. O facto de o Decreto-Lei n.º 90/90 versar sobre matéria reservada à Assembleia da República não constitui obstáculo à sua regulamentação regional, desde que o diploma regulamentar, primeiro, seja de mera execução e, segundo, seja emanado pela Assembleia Legislativa.

Na verdade, a existência de uma reserva de competência dos órgãos de soberania no âmbito legislativo não se estende ao âmbito regulamentar. É ponto assente na doutrina “*que a circunstância de a legislação nacional versar sobre matérias reservadas aos órgãos de soberania não impede, em si mesma, a intervenção do poder regulamentar regional*” (Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição...*, cit., p. 310). Pode mesmo discutir-se se poderão os órgãos de soberania reservar para o Governo da República o poder regulamentar, ao abrigo da parte final da alínea d) do n.º 1 do artigo 227º, se a própria legislação nacional carecida de regulamentação não for, ela própria, reservada à competência legislativa daqueles órgãos (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição...*, cit., p. 671).

Apenas se exige, em tais casos, que os regulamentos regionais de legislação nacional reservada sejam (meros) regulamentos de execução – isto é, destinados à boa aplicação das leis às situações concretas da vida – , e não regulamentos independentes, em que a lei regulamentada é vazia de conteúdo, fixando apenas a competência objetiva (a matéria) e subjetiva (o órgão competente) (artigo 112º, n.º 7, segunda parte).

Seguro é, por outro lado, que a regulamentação das leis emanadas dos órgãos de soberania se encontra constitucionalmente reservada à Assembleia Legislativa (artigo 232º, n.º 1) – e, portanto, excluída da competência regulamentar do Governo Regional, que está confinada às leis regionais.

Por sua vez, o Estatuto estabelece que a forma a adoptar em tais casos é a de decreto legislativo regional (artigo 41º e 44º, n.º 1). A existência destes atos normativos mistos,

materialmente regulamentares mas formalmente legislativos, não foi considerada inconstitucional pelo referido Acórdão n.º 402/2008 (pp. 5724-5726). Tratar-se-á de um simples excesso de forma, que é aliás muito corrente na prática e que não prejudica os meios normais de defesa dos cidadãos em face das disposições de índole regulamentar (v.g., impugnação contenciosa). Curiosamente, o próprio Decreto-Lei n.º 90/90 foi regulamentado por vários diplomas legislativos (Decretos-Leis n.ºs 85/90, 86/90, 87/90, 88/90, todos de 16 de Março, etc.), em conformidade com o que se dispõe no seu artigo 51º.

9. Que materialmente se trata de um regulamento – e não de uma lei – verifica-se pelo cotejo entre o articulado do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A e o articulado do Decreto-Lei n.º 90/90. Vejamos:

Artigo 1º Coincide com o artigo 1º do Decreto-Lei, exceto na delimitação territorial, naturalmente, e na exclusão dos hidrocarbonetos, que todavia surge no texto do Decreto Legislativo Regional no n.º 1 do artigo 2º.

Artigo 2º Além da referida exclusão dos hidrocarbonetos, constante do n.º 1, o n.º 2 limita-se a fazer a ressalva de regimes jurídicos regionais já em vigor. Por sua vez, no n.º 3, prevê-se tão-só a emanção futura de um decreto legislativo aplicável a certos bens não dominiais (e, portanto, fora da reserva da Assembleia da República).

Artigo 3º Trata-se de definições que, ou repetem o que consta do Decreto-Lei, ou são despiciendas do ponto de vista normativo:

- A alínea *a)* reproduz o artigo 6º;
- As alíneas *b)* e *c)* têm a sua origem no n.ºs. 2 e 3 do artigo 3º;
- As alíneas *d)* e *e)* em nada contrariam o Decreto-Lei, até porque se referem a tratados posteriores a 1990 e a sua convocação não tem qualquer efeito normativo relevante senão, porventura, em matéria

de proteção do ambiente (cfr. artigo 17º do Decreto Legislativo Regional);

- A alínea *f*) corresponde ao n.º 1 do artigo 2º;
- As alíneas *g*), *k*), *m*), *n*) e *q*) são novas enquanto definições, mas são também tautológicas em relação ao conteúdo do Decreto-Lei e em nada prejudicam a sua cabal aplicação;
- As alíneas *h*) e *i*) são novas, mas visam apenas regulamentar com maior precisão a exclusão dos hidrocarbonetos constante do próprio Decreto-Lei;
- A alínea *j*) coincide com o artigo 5º;
- A alínea *l*) parece ser nova, mas vem ao encontro de uma preocupação ambiental que este diploma regulamentar tem e que ainda não era tão acentuada em 1990;
- A alínea *o*) vem diretamente do artigo 4º;
- A alínea *p*) é idêntica ao n.º 1 do artigo 3º;

Artigo 4º Este é um preceito geral (ou residual) de pura adaptação orgânica – o que implica também adaptação da forma dos atos jurídicos produzidos pelos órgãos correspondentes –, mas que não toca uma vírgula no regime material do Decreto-Lei, louvando-se, evidentemente, no artigo 52º deste último;

Artigo 5º Além da ressalva do regime regional da avaliação de impacto ambiental, o n.º 1 do artigo exige aos interessados nas operações de prospeção, pesquisa e exploração elementos não expressamente previstos no Decreto-Lei, mas o objetivo é ainda a salvaguarda dos interesses previstos no artigo 12º do Decreto-Lei e precisar, por via regulamentar (n.ºs 3 a 5), o que nele se dispõe;

- Artigo 6º* O n.º 1 deste preceito é uma mera adaptação orgânica (porventura até desnecessária em face do artigo 4º), e os n.ºs 2 e 3 são uma simples concretização regulamentar do n.º 1;
- Artigo 7º* No n.º 1 faz-se uma mera adaptação orgânica, ao passo que no n.º 2 se procede a um esclarecimento (em rigor juridicamente desnecessário, mas eventualmente útil para os destinatários do diploma) quanto ao regime aplicável aos contratos públicos celebrados no âmbito do Decreto-Lei;
- Artigo 8º* Como se percebe pelas inúmeras referências ao Decreto-Lei que se encontram ao longo do artigo, o que está em causa é simples adaptação orgânica e, sobretudo nos n.ºs 4 e 5, a introdução de limites ao exercício de poderes discricionários previstos no Decreto-Lei;
- Artigo 9º* Tal como no artigo 7º, no n.º 1 trata-se de mera adaptação orgânica, enquanto no n.º 2 se procede a um simples esclarecimento quanto ao regime aplicável aos contratos públicos celebrados no âmbito do Decreto-Lei;
- Artigo 10º* Com exceção dos n.ºs 5 e 6, o artigo limita-se a fazer adaptações orgânicas. Aqueles dois números são inovadores, mas visam potenciar os efeitos na economia regional dos contratos celebrados – o que parece razoável –, em termos que dificilmente podem ser entendidos como legislação em matéria de domínio público do Estado. Em causa, antes de mais, parece estar o desenvolvimento económico da Região;
- Artigo 11º* Este é um preceito de mera adaptação orgânica do regime nacional (eventualmente até desnecessária em face do artigo 4º);
- Artigo 12º* Vale o mesmo que para o artigo anterior;

- Artigo 13º* O n.º 1 ressalva os poderes de fiscalização das autoridades nacionais – fisco, polícias e, sobretudo, autoridade marítima –, como não poderia deixar de ser quando se trata de exploração no domínio público marítimo. O n.º 2 estabelece pormenores de execução (formulários, guias de trânsito, etc.), facilitando e atualizando (no domínio das tecnologias da informação) a aplicação prática do regime do Decreto-Lei;
- Artigo 14º* Trata-se apenas de um preceito de adaptação orgânica, abrindo ainda a possibilidade de expropriações a favor da Região Autónoma dos Açores – o que é um corolário da execução do diploma nacional pela Administração Regional;
- Artigo 15º* O n.º 1 é uma norma de adaptação orgânica, enquanto os n.ºs 2 e 3 determinam que as “áreas” do n.º 1 devem ser vertidas nos planos (especiais) de ordenamento do território elaborados pela Região ou pelas autarquias locais insulares – o que já resultaria do regime legal desses planos e se integra nas competências regionais;
- Artigo 16º* Vale o mesmo que para o artigo anterior;
- Artigo 17º* Os n.ºs 1 e 2 deste preceito (que supostamente justificam as definições das alíneas d) e e) do artigo 3º) vêm dizer o óbvio: que as operações reguladas no Decreto-Lei e no Decreto Legislativo Regional estão sujeitas às normas de Direito Internacional emanadas ou a emanar no âmbito da Convenção de Montego Bay e da Convenção OSPAR, o que obviamente decorreria já da vinculação do Estado português a essas mesmas normas. Os n.ºs 3, 4 e 5 adiantam já algumas regras procedimentais de proteção do ambiente (que não constam naturalmente do Decreto-Lei), mas, uma vez mais, o seu propósito não será tanto o de definir o regime do domínio público

marítimo, mas o de manter elevados padrões de sustentabilidade e preservação ambiental do meio marinho;

Artigo 18º Limita-se a anunciar a emanção futura de um diploma legislativo regional. Até lá continuarão em vigor os regimes jurídicos nacionais referidos, o que se afigura correto à luz do princípio da supletividade da legislação nacional consagrado no artigo 228º da Constituição;

Artigo 19º Estende as precedentes adaptações de natureza orgânica e respeitantes à forma dos atos aos regimes de concretização do Decreto-Lei 90/90 – regimes que, apesar da forma de decreto-lei (não autorizado), são materialmente regulamentos e, portanto, não vinculam os órgãos regionais (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição...*, cit., p. 672).

10. Por conseguinte, apesar da sua extensão ainda considerável – para além da assunção pela Região Autónoma dos Açores da execução do Decreto-Lei n.º 90/90 no âmbito insular, que é autorizada pelo artigo 52º deste –, o conteúdo normativo primário do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A é muitíssimo reduzido, limitando-se os seus preceitos a fazer uma de quatro coisas:

- a) No caso de algumas definições, reprodução de pequenos segmentos do texto do Decreto-Lei;
- b) Adaptações orgânicas e relativas à forma dos atos, umas e outras necessárias à execução do regime material do Decreto-Lei pelas autoridades regionais;
- c) Articulação (mais formal do que substantiva) de regimes regionais pré-existentes ou a emanar posteriormente (e até de regimes nacionais e internacionais) com o regime do Decreto-Lei na sua aplicação aos Açores;
- d) Regulação de aspetos (materiais e procedimentais) de pormenor, relativos a aplicação concreta do Decreto-Lei no contexto regional – essencialmente com

um objetivo de preservação ambiental, uma vez que essa preocupação não seria em 1990 tão aguda como é hoje.

11. Para além da natureza marcadamente regulamentar do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, podem ainda apontar-se quatro outras razões que militam no sentido da não inconstitucionalidade orgânica do diploma regional em análise. A saber:

- a) O Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A não se apropria *unilateralmente* de competências administrativas do Governo da República, que este tenha reservado para si – ou que constitucionalmente tenham que ser reservadas ao Estado (por se tratar de prerrogativas soberanas por natureza) – , antes se limitando a aproveitar uma autorização (em branco) que é concedida expressamente aos órgãos regionais por um preceito de um decreto-lei autorizado (artigo 52º);
- b) O Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A não se apropria de um regime legal emanado pelos órgãos de soberania, reproduzindo-o de forma sistemática e assumindo a sua autoria (com ou sem encobrimento da sua autoria nacional) (cfr., sobre este problema, o Acórdão n.º 185/2009) – não só a técnica legislativa utilizada não passa pela transmutação da legislação nacional em legislação regional, como são inúmeras ao longo do articulado as remissões e as referências ao Decreto-Lei n.º 90/90 (como, aliás, é próprio de um regulamento relativamente à lei regulamentada);
- c) Acima de tudo, o Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A não afasta a vigência do Decreto-Lei n.º 90/90 na Região Autónoma dos Açores, continuando o regime material deste a aplicar-se na íntegra no contexto regional, tanto aos bens que integram o domínio público marítimo (do Estado), como aparentemente também às restantes operações de revelação e aproveitamento de recursos geológicos realizadas fora desse contexto;

- d) Bem pelo contrário, é de crer que Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A venha permitir finalmente a aplicação prática do regime do Decreto-Lei n.º 90/90 no território regional, uma vez que até ao momento a vigência regional deste diploma nacional não terá sido mais do que formal, por falta de quem exercesse efetivamente as competências nele previstas no quadro açoriano.

Quer isto dizer, em consequência, que se reputa por verdadeira a afirmação do preâmbulo do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A segundo a qual *“as necessárias adaptações foram feitas mantendo intocadas as matérias abrangidas pela reserva competencial estabelecida na alínea v) do n.º 1 do artigo 165º da Constituição quanto à definição e regime dos bens do domínio público, limitando-se, nesse campo, o diploma à simples adaptação orgânica e a regular de forma específica os procedimentos contratuais e de salvaguarda que respeitam aos recursos geológicos nos Açores”*.

12. Excluída a inconstitucionalidade (orgânica) do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, nem por isso a sua validade material está garantida.

Bem pelo contrário, segundo se julga, ao assumir a totalidade da aplicação administrativa do regime do Decreto-Lei n.º 90/90 na Região Autónoma dos Açores, a Assembleia Legislativa violou de forma evidente o n.º 3 do artigo 8º do Estatuto, segundo o qual *“os demais poderes reconhecidos ao Estado português sobre as zonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional adjacentes ao arquipélago dos Açores [isto é, os poderes que excedam os previsto no n.º 2, relativos ao licenciamento da extração de inertes, da pesca e da produção de energia] (...) são exercidos no quadro de uma gestão partilhada com a Região, salvo quando esteja em causa a integridade e soberania do Estado”*.

Na verdade, o conteúdo do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A não é de todo um regime de *partilha* do exercício dos poderes administrativos entre o Estado e a Região – recorde-se que o artigo 8º não diz respeito ao âmbito da competência legislativa, que está por definição reservada à Assembleia da República – , mas sim um regime de *exclusivo* regional. Com efeito, não se prevê qualquer procedimento de decisão concertada

ou de co-decisão entre o Estado e a Região (cfr., Ana Maria Guerra Martins, *A participação...*, cit., pp. 32-33). O Estado não tem nenhum poder de veto ou de não ratificação de decisões da competência das autoridades regionais – por exemplo, quando entenda que estas possam pôr em perigo a integridade ou a soberania do Estado – , nem tão-pouco se prevê a sujeição das decisões dos órgãos regionais a pareceres obrigatórios e/ou vinculativos por parte dos órgãos competentes do Governo da República. Não há, tão-pouco, deveres especiais de informação e consulta da Região relativamente ao Estado, apesar de este ser o titular do domínio público marítimo. Com exceção da vaga ressalva das competências dos serviços integrados na administração central do Estado, constante do n.º 3 do artigo 6º, e da ressalva inevitável das competências de fiscalização do fisco, das polícias e da Autoridade Marítima, contida no n.º 1 do artigo 13º, todas as demais funções de execução do regime do Decreto-Lei n.º 90/90 – mormente as referentes ao domínio público do Estado – ficam exclusivamente a cargo da Região e das respetivas autoridades administrativas competentes.

É certo que não cabe ao Tribunal Constitucional determinar em que termos se deve desenvolver a dita gestão partilhada entre o Estado e a Região – essa é, naturalmente, uma tarefa que implica o exercício de uma liberdade de conformação que só o legislador democrático dispõe – , mas cabe-lhe certamente verificar, mesmo à luz de um critério de evidência, que o regime constante do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A não corresponde manifestamente à ideia de gestão partilhada de poderes que foi adotada pelo legislador estatutário.

13. De resto, sublinhe-se que esta ilegalidade por violação do n.º 3 do artigo 8º do Estatuto abrange, não apenas o Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, mas o próprio artigo 52º do Decreto-Lei n.º 90/90 enquanto norma habilitante daquele – caso em que se trata de ilegalidade (material) superveniente (por violação de lei de valor reforçado).

Olhando ao referido preceito estatutário introduzido em 2008 – bem como à já citada jurisprudência constitucional relativa aos regimes que envolvem simultaneamente o

Estado e as Regiões (Acórdão n.º 258/2007) – , parece evidente que tem de ser o legislador nacional a:

- a) Primeiro, definir um quadro competencial de “*reserva do Governo da República*”, nos âmbitos materiais com relevo direto para a integridade e soberania do Estado;
- b) Segundo, definir com precisão os termos de uma partilha equilibrada de competências administrativas nos restantes âmbitos materiais.

O referido artigo 52º, ao conceder um verdadeiro *cheque em branco* à Região, permitindo-lhe assumir a totalidade das competências previstas no próprio Decreto-Lei n.º 90/90 – sem qualquer restrição ou precaução –, não é mais compaginável com as exigências que entretanto foram introduzidas pelo preceito do Estatuto Político-Administrativo. O domínio público marítimo é pertença do Estado; é ao Estado que compete definir as respetivas políticas – com participação regional (alínea s) do n.º 1 do artigo 227º) –; em consequência, a competência legislativa para definir o âmbito e o regime desse bem dominial é reservada aos órgãos de soberania. Mas a verdade é que esta reserva não pode ser encarada apenas como uma prerrogativa que permite excluir intervenções legislativas regionais, devendo também, após o n.º 3 do artigo 8º do Estatuto, ser entendida como uma obrigação de emanar um regime legal que defina de forma clara os termos de uma efetiva gestão partilhada dos bens dominiais em apreço.

IV

Conclusão

Na sequência da fundamentação exposta, conclui-se no sentido de que as normas contidas no artigo 52º do Decreto-Lei n.º 90/90 e no articulado do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A padecem do vício de violação de lei de valor reforçado, por

desconformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 8º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, requerendo-se, em conformidade, a respetiva declaração de ilegalidade com força obrigatória geral.

Com os melhores cumprimentos,

Angra do Heroísmo, 1 de junho de 2012

O REPRESENTANTE DA REPÚBLICA

Pedro Catarino