

SEPARATA

RPDC N.º 2 (2022)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



Tribunal Constitucional: Guardião da Constituição ou do Centralismo de Estado? A Tensão entre Soberania e Autonomia no Princípio da Gestão Partilhada do Espaço Marítimo Nacional – Análise ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 484/2022

Paulo Linhares Dias

*Advogado – Sócio da BPLD & Associados, RL;
Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
pld@bpldadvogados.com*

Bruno Reis

*Advogado – Associado da BPLD & Associados, RL;
Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
br@bpldadvogados.com*

Resumo: O Tribunal Constitucional, por via do Acórdão n.º 484/2022, declarou a inconstitucionalidade das normas atribuidoras de competências às Regiões Autónomas em matéria de gestão partilhada do espaço marítimo previstas na Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional, aprovada pela Lei n.º 17/2014, de 10 de abril, alterada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro, mantendo a sua jurisprudência restritiva

a respeito dos poderes das Regiões Autónomas. A posição maioritária do Tribunal, no que respeita à vinculatividade do parecer das Regiões Autónomas, assenta nos pressupostos de que planear é essencial aos poderes dominiais e de que os poderes dominiais sobre o espaço marítimo são necessariamente do Estado, por constituírem reserva de soberania. No que respeita aos Planos da competência das Regiões, concluiu-se que o diploma cria um procedimento legislativo à margem da Constituição. Esta posição levanta dúvidas sobre se, para todos os efeitos práticos, o Tribunal não esvaziou o princípio da gestão partilhada do espaço marítimo, previsto no Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores, de todo o seu conteúdo útil.

Abstract: The Portuguese Constitutional Court, through Ruling no. 484/2022, declared the unconstitutionality of the rules granting powers to the Autonomous Regions in terms of shared management of the maritime space as ruled by the Law establishing the Bases of National Maritime Space Planning and Management Policy, approved by the Law no. 17/2014, of 10 April, amended by the Law no. 1/2021, of 11 January, maintaining its restrictive jurisprudence regarding the powers of the Autonomous Regions. The dominant position within the Court, concerning the binding nature of the Autonomous Regions' official opinion, is based on the assumption that planning is essential to domain powers, and that domain powers over the maritime space belong necessarily to the State, as they constitute a reserve of sovereignty, with regard to the binding of the opinion of the Autonomous Regions, and that, with regard to the Plans within their competence, the diploma creates a legislative procedure outside the Constitution. This position raises the question as to whether, for all practical purposes, the Court has not emptied the principle of shared management of maritime space, provided for in the Administrative Political Statute of the Autonomous Region of the Azores, of all its useful content.

Palavras-chave: soberania; autonomia; Regiões Autónomas; gestão partilhada do espaço marítimo; planeamento do espaço marítimo.

Keywords: sovereignty; autonomy; Autonomous Regions; shared management of the maritime space; planning of the maritime space.

I. Introdução

A tensão entre a soberania do Estado e as autonomias regionais, enquanto dimensão jurídico-política das conceções, mais ou menos centralizadoras, do

exercício do poder, não é novidade no Direito Constitucional português¹. Assim como não é novidade a intervenção do Tribunal Constitucional como árbitro desse conflito², adotando uma posição, regra geral, centralista³, como de resto se assinala no voto de vencido do seu Presidente – Conselheiro João Caupers, no Acórdão n.º 484/2022 em análise⁴.

No caso em apreço, à tensão própria da partilha ou cedência de poder para entes territoriais intraestaduais, alia-se a definição, que antecipamos “falhada”, do conceito de gestão partilhada do espaço marítimo, conforme prevista no artigo 8.º do Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores⁵. Para a densificação desse conceito, questão central da presente análise, o Tribunal Constitucional convocou, em função das normas e do pedido de juízo de inconstitucionalidade que lhe foi suscitado, institutos como a dominialidade pública e a soberania, bem como o poder regulamentar e legislativo das Regiões Autónomas, para sustentar a sua, controversa, decisão⁶.

A presente análise assume-se crítica do citado Acórdão n.º 484/2022, aliás coerente com a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre os poderes das Regiões Autónomas na gestão do espaço marítimo

¹ Sobre este tema, na doutrina lusa vide: ÁLVARO MONJARDINO, “Raízes da Autonomia Constitucional”, in Jorge Miranda / Jorge Pereira da Silva (coord.), *Estudos de Direito Regional*, Lisboa: Lex, 1997, p. 781; MARGARIDA SALEMA, “Autonomia Regional”, in *Estudos de Direito Regional*, op. cit., pp. 53-55; DUARTE PINHEIRO, “Notas sobre o poder regional de iniciativa legislativa”, in *Estudos de Direito Regional*, op. cit., pp. 812; RUI MEDEIROS, “A tentativa fracassada de alargamento da competência legislativa regional na revisão de 2004 e a próxima revisão constitucional”, in AA. VV, *Açores: Uma Reflexão Jurídica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 22.

² Além dos futuramente citados Acórdãos n.ºs 136/2016 e 315/2014 (sobre a temática em apreço), vide ainda, mais recentemente os Acórdãos n.ºs 233/2018, 377/2018, 503/2021, 180/2022 e 535/2022. Sobre os primórdios das autonomias: ÁLVARO MONJARDINO (org.), *As Autonomias Regionais em 10 anos de Jurisprudência 1976-1986 – Vols. I e II*, Horta: Assembleia Regional dos Açores, 1987.

³ Neste sentido: RUI MEDEIROS, “A tentativa fracassada de alargamento da competência legislativa regional na revisão de 2004 e a próxima revisão constitucional”, in *Açores Uma Reflexão Jurídica*, op. cit., p. 23, e SÉRVULO CORREIA, “O Futuro do Regionalismo Político”, in *Açores Uma Reflexão Jurídica*, op. cit., p. 61.

⁴ Cf. o voto de vencido do Conselheiro Presidente no Acórdão n.º 484/2022: «Não posso subscrever o juízo de inconstitucionalidade formulado na alínea a) da decisão. Não é a primeira vez, e não será muito provavelmente a última, que manifesto a minha oposição à jurisprudência tradicional do Tribunal em matérias relativas à autonomia regional dos Açores e da Madeira. Na verdade, respeitando embora as convicções dos outros membros do Plenário, acredito que elas refletem, em maior ou menor medida, o ancestral pendor centralista da cultura política dominante. Esta tende a ver a autonomia regional como uma espécie de remédio de gosto amargo, a tomar com parcimónia, em doses moderadas, sempre com receio dos efeitos secundários – o afrouxamento do controlo do Estado sobre a atividade jurídico-pública dos órgãos próprios das regiões autónomas, o subseqüente e fatal esbatimento do unitarismo do Estado e, *vade retro*, o fantasma do federalismo.»

⁵ Doravante, EPARAA.

⁶ Referimo-nos às inúmeras declarações de voto, mesmo em casos favoráveis à decisão.

nacional, que, em nosso entender, vem conduzindo, sem arrimo na Lei Fundamental, ao total esvaziamento do conceito de *gestão partilhada* do mar territorial dos Açores.

II. Os antecedentes e o conteúdo da decisão do Tribunal

Em 2008 foi aprovado o novo EPARAA⁷, visando conformar o diploma magno da organização político-administrativa da Região Autónoma dos Açores⁸ com a revisão constitucional de 2004. Um dos novos normativos consagrados, com particular relevância para o presente estudo, foi o do artigo 8.º que estabelece *os direitos da região sobre as zonas marítimas portuguesas*. Este normativo, como se verá, procurou responder à jurisprudência existente até então no que respeita à atribuição de poderes sobre o domínio público marítimo às RRAA⁹.

O artigo 8.º confere à RAA três níveis de *direitos* sobre as zonas marítimas portuguesas. Em primeiro lugar, no n.º 1, estabelece-se a *gestão conjunta* das águas interiores e do mar territorial, no n.º 2 atribui-se a competência exclusiva para o licenciamento no âmbito da utilização privativa de bens do domínio público do Estado, das atividades de extração de inertes, da pesca e da produção de energias renováveis, e, por último, a *gestão partilhada* dos demais poderes reconhecidos ao Estado Português sobre as zonas marítimas.

Nesta senda, e como forma de concretizar estes *direitos* da RAA, foi aprovada e publicada a Lei n.º 17/2014, de 10 de abril¹⁰, bem como o Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março, que desenvolveu o respetivo regime. Nestes regimes, fica assente que o ordenamento dos espaços marítimos é feito através dos Planos de Situação e dos Planos de Afetação¹¹. Sucede, porém, que o regime então aprovado não colheu, manifestamente, a simpatia dos órgãos de governo próprio da RAA.

⁷ Lei n.º 2/2009, de 12 de janeiro.

⁸ Doravante, RAA.

⁹ Como foi, por exemplo, o caso do Acórdão n.º 131/03, que determinou que «[...] é corolário necessário da não transferibilidade dos bens do domínio público marítimo do Estado a impossibilidade de transferência dos poderes que sejam inerentes à dominialidade, isto é, os necessários à sua conservação, delimitação e defesa [...]».

¹⁰ Doravante LBOGEM.

¹¹ O plano de afetação efetua a inventariação dos sítios de proteção do ambiente marinho e a distribuição espacial e temporal dos usos e das atividades existentes e potenciais (cf. artigo 10.º LBOGEM) e o plano de afetação destaca áreas ou volumes do espaço marítimo a usos ou atividades que não estejam identificados no plano de situação (cf. artigo 19.º LBOGEM).

Tanto assim foi, que o Governo Regional dos Açores suscitou a fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade do diploma¹². Como já tivemos a oportunidade de referir noutra sede, «A impugnação das normas em causa baseia-se, em primeiro lugar, na discordância face à opção assumida pelo legislador de densificar gestão conjunta e partilhada pela separação da competência de ordenamento e de atribuição de títulos de utilização privativa entre o Estado e as RRAA [Regiões Autónomas]. [...] Em segundo lugar, [...] que a mera consulta para aprovação e a competência para a elaboração dos POEM não cumprem o disposto no art.º 8.º, n.ºs 1 e 3 [do EPARAA], porque a intervenção da RAA não ocorre do exercício partilhado ou conjunto do poder de aprovação.»¹³

Neste contexto, proferiu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 136/2016, decisão no sentido de não considerar ilegais, por violação do artigo 8.º do EPARAA, as normas constantes dos artigos 5.º, n.º 3, 12.º, 15.º, n.º 2, 18.º, 22.º, 24.º, n.º 5, 26.º, 35.º, 97.º, 98.º e 107.º do Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março, que desenvolve a LBOGEM, permitindo a manutenção do diploma nos termos em que havia sido aprovado.

Face a esta posição apenas restava uma alternativa para a mudança do *status quo*: alterar o diploma pela via legislativa. Nessa medida, deu entrada na Assembleia Legislativa Regional dos Açores¹⁴, pela mão do Governo Regional, uma anteproposta de lei com vista à alteração da LBOGEM, que, após aprovada, deu origem à Proposta de Lei n.º 179/XIII/4, submetida à Assembleia da República¹⁵ que, por sua vez, veio dar origem à Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro.

Desta feita, e como paradigma da tensão entre a soberania do Estado e as autonomias regionais, as alterações operadas pela citada lei foram objeto do pedido de fiscalização de constitucionalidade, apresentado por um grupo de deputados à Assembleia da República¹⁶, que incidiu sobre o artigo 8.º, n.º 3, segundo o qual: «[...] Os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo

¹² Ao abrigo do disposto na alínea g), do n.º 2, do artigo 281.º da CRP e do artigo 51.º da Lei n.º 21/82, de 15 de novembro, na redação em vigor (LTC).

¹³ BRUNO REIS, *A Participação da Região Autónoma dos Açores na Gestão do seu Território Marítimo – Um aprofundar do princípio estatutário da gestão conjunta ou partilhada no quadro do direito constitucional das regiões autónomas*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/51672/1/Reis_2018.pdf, [consultado a 23/10/2022].

¹⁴ Doravante ALRA.

¹⁵ Processo legislativo disponível para consulta em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43341>.

¹⁶ No uso da competência prevista no artigo 281.º, n.º 1, alíneas a) e b), e n.º 2, alínea f), da CRP.

nacional que respeitem à plataforma continental para além das 200 milhas marítimas são elaborados e aprovados pelo Governo, mediante a emissão de parecer obrigatório e vinculativo das regiões autónomas, salvo nas matérias relativas à integridade e soberania do Estado»; e sobre o artigo 31.º-A que dispõe, no n.º 1: «[...] As matérias referentes aos artigos 8.º a 11.º, 13.º a 25.º, 27.º a 29.º e 31.º são desenvolvidas, nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, mediante decreto legislativo regional, sempre que em causa estejam áreas do espaço marítimo nacional sob soberania ou jurisdição nacional adjacentes aos respetivos arquipélagos até às 200 milhas marítimas, mediante a emissão de parecer da administração central, o qual é obrigatório e vinculativo nas matérias relativas à integridade e soberania do Estado [...]».

Invocaram para tanto os requerentes que o artigo 8.º, n.º 3, viola o artigo 84.º, conjugado com o artigo 3.º, n.º 1 da CRP, o princípio da unidade de ação administrativa consagrado no artigo 267.º, n.º 2 da CRP, o artigo 267.º da CRP e os Estatutos Político-Administrativos das Regiões Autónomas. Para fundamentar a inconstitucionalidade material do artigo 31.º-A são invocados os artigos 227.º da CRP e o artigo 8.º, n.º 2 do EPARAA.

Grosso modo, o entendimento dos requerentes prende-se com a possibilidade de a RAA, por um lado, ter um poder de emissão de parecer vinculativo, violando os normativos identificados e, por outro, de criar uma categoria de ato legislativo à margem da Constituição.

Na essência, o Tribunal Constitucional, numa decisão bastante controvertida¹⁷, considerou inconstitucional o teor do artigo 8.º, n.º 3 da LBOGEM, na redação dada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro, por violação dos artigos 84.º, n.º 2 e 225.º, n.º 3 da Constituição.

O Tribunal entendeu que «o modelo previsto no n.º 1 [e no n.º 3] do artigo 8.º do EPARAA diz respeito à repartição de poderes gestionários cujo exercício conjunto pelo Estado e pela Região previamente se estabeleceu serem compatíveis com o regime dos bens do domínio público do Estado», em conformidade com o artigo 8.º, n.º 1, do EPARAA, *in fine*.

Sucede que o Tribunal liga a essência do domínio público do Estado com o facto de «a dominialização do espaço marítimo estar associada à integridade e identidade do Estado, enquanto lugar do exercício da soberania estadual», e por esse domínio público se manifestar «através poderes públicos

¹⁷ Com votos de vencido expressos contra a inconstitucionalidade da norma contida no n.º 3 de artigo 8.º LBOGEM pelo Senhor Presidente do Tribunal Constitucional, Conselheiro João Pedro Caupers, pelos Senhores Conselheiros José Eduardo Figueiredo Dias e Lino Rodrigues Ribeiro (em declarações autónomas) e ainda dos Senhores Conselheiros Gonçalo Almeida Ribeiro, Afonso Patrão e Mariana Canotilho (com declaração conjunta), por considerarem outro fundamento de inconstitucionalidade.

que denotam a supremacia e a supraordenação do Estado», incluindo nessa esfera o *poder regulamentar*, dizendo que o poder de ordenar é «um poder funcionalizado à realização dos fins prosseguidos com a dominialização: a tutela e proteção do bem dominial.»

Nesse sentido, o parecer vinculativo obrigatório previsto no artigo 8.º, n.º 1 da LBOGEM, na redação mais recente, no entender do Tribunal «retira a exclusividade da competência para exercer os direitos dominiais resultantes da soberania e jurisdição que tem sobre aquelas zonas marítimas», neutralizando-se os poderes sobre o bem público, «em vista da subordinação a fins de natureza regional.»

Daqui se retira, em conclusão, que o Tribunal, na posição maioritária, opõe-se a um esquema de partilha de gestão assente na apresentação de pareceres vinculativos (num esquema de codecisão).

III. A jurisprudência constitucional anterior

O Tribunal Constitucional, ao longo da história da sua jurisprudência tem tratado da questão dos poderes das Regiões Autónomas de uma perspetiva tendencialmente restritiva, muito embora com evoluções no que respeita ao domínio público marítimo.

Conforme declaração de voto do Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, «a jurisprudência constitucional tem vindo a admitir que há certos poderes que incidem sobre bens dominiais que podem ser exercidos por entidades diferentes do titular do domínio.»

Com efeito, o Acórdão n.º 402/2008, superando uma jurisprudência restritiva, determinou que a «não regionabilidade da titularidade do domínio público marítimo integrante ou circundante da área territorial das regiões autónomas não arrasta consigo, como consequência forçosa, a insusceptibilidade de transferência de certos poderes contidos no domínio.» Neste acórdão estava em causa a consagração, no Estatuto Político-administrativo de uma competência legislativa exclusiva regional que colocava «inteiramente na esfera de competência da Assembleia Legislativa da Região Autónoma toda uma zona da disciplina legal de um bem de domínio público necessário do Estado»¹⁸.

Já no Acórdão n.º 315/2014, em que estava em causa a competência legislativa para a aprovação do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, de 9 de maio, reafirma-se a jurisprudência anterior que separa os poderes

¹⁸ Acórdão n.º 402/2008, ponto 22.

primários dos poderes secundários sobre o domínio público. Sucede que o diploma não foi considerado inconstitucional por se introduzir no âmbito dos poderes primários, que seriam reserva legislativa de competência da Assembleia da República, tendo sido sim considerado ilegal por violação do artigo 8.º do EPARAA, designadamente porque «não corresponde manifestamente à ideia de gestão partilhada de poderes adotada no n.º 3 do art.º 8.º do EPARAA»¹⁹ e porque assume a posição que cabe aos órgãos de soberania definir os termos da gestão partilhada prevista no Estatuto. Dito de outro modo, não estava em discussão, de modo primário, aferir da existência *material* de uma determinada competência, mas, principalmente, do poder de definição unilateral dos termos de execução do princípio da gestão partilhada por parte da RAA, e da possibilidade de a mesma ser exercida de modo exclusivo.

Ora, é no Acórdão n.º 136/2016, que se pronunciou sobre a primeira versão da LBOGEM, que pela primeira vez se extravasa a questão da dicotomia entre poderes primários e secundários do âmbito da competência legislativa regional para o contexto dos poderes para emissão de regulamentos de execução (ainda que sob forma de DLR). Afirmou o Tribunal que «existem poderes exclusivos dos titulares dos bens dominiais que não podem ser transferidos para outras entidades»²⁰. Na essência, e sem grandes delongas, estava em discussão, a pedido do Presidente do Governo Regional dos Açores, aferir se o modelo previsto no diploma, que concretizava o princípio da gestão conjunta ou partilhada tão só pela separação da competência de ordenamento e de atribuição de títulos de utilização privativa entre o Estado e as Regiões Autónomas, e por uma intervenção meramente consultiva na elaboração dos instrumentos de ordenamento, correspondia àquele que se impunha por aplicação do artigo 8.º do EPARAA. O Tribunal Constitucional, comprimindo, em nosso entender, o escopo do artigo 8.º do EPARAA, afirma que «a partilha das competências gestionárias efetuada pelo legislador, separando a regulação da gestão propriamente dita, não se mostra desadequada a concretizar o conceito de “gestão partilhada”», dizendo, inclusive, que é «bastante questionável a possibilidade do Estado abdicar do poder de ordenar o espaço marinho, transferindo o seu exercício para as regiões autónomas, ainda que parcialmente.»

É neste Acórdão que se inicia, verdadeiramente, a cisão entre os Juizes Conselheiros sobre a questão da autonomia no seio da gestão do espaço

¹⁹ Acórdão n.º 315/2014, ponto II, 7.8.

²⁰ Acórdão n.º 136/2016, ponto II. 6.5.

marítimo. Neste acórdão, o próprio Juiz Presidente à data, Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, defendeu que o «entendimento restritivo de que os poderes de gestão a partilhar sejam apenas os de execução ou tramitação de atos administrativos, não corresponde ao sentido da cooperação na gestão do espaço marítimo adjacente às regiões autónomas que o preceito veio consagrar», tendo inclusive a Juiz Conselheira Fátima Mata-Mouros afirmado que «o acórdão esvazia de conteúdo uma norma estatutária redigida de acordo com a sua jurisprudência.»

O Acórdão em análise no presente artigo surge, portanto, num contexto de maior restrição dos poderes regionais no seio do espaço marítimo, analisando se o modelo de *codecisão* previsto na versão revista da LBOGEM, tal como alterada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro, cumpre com os normativos constitucionais, do mesmo modo que entendeu que cumpria o *modelo de concertação* previsto no Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março.

IV. Os poderes da RAA sobre o espaço marítimo nacional

Conforme referimos *supra*, o artigo 8.º do EPARAA consagra os *direitos sobre as zonas marítimas portuguesas*. A utilização da expressão *direitos* não é, de modo algum, inocente, incorporando o normativo no âmbito da sindicância perante o Tribunal Constitucional nos termos do artigo 281.º, n.º 1, alínea d), da CRP²¹.

Já a expressão *zonas marítimas portuguesas* permite-nos concluir que o escopo da norma não se restringe ao domínio público marítimo, mas abrange também zonas marítimas que não constituem domínio público, como a Zona Contígua e a Zona Económica Exclusiva.

O Tribunal, e bem, afirma que «o domínio público marítimo integra as águas territoriais (águas internas e mar territorial) e plataforma continental, ficando de fora a zona contígua e as águas (coluna de água e superfície) da zona económica exclusiva.»

Contudo, e isso será importante na análise que faremos *infra*, o Tribunal olvida que nem tudo o que integra a plataforma continental constitui domínio público marítimo excluindo-se, por isso, do domínio público necessário do Estado. Aliás, conforme o próprio Tribunal afirmou em jurisprudência anterior: «[...] Uma coisa é o leito do mar, o subsolo correspondente e os fundos marinhos contíguos da plataforma continental,

²¹ BRUNO REIS, *op. cit.* p.47.

outra bem diferente são as ocorrências minerais existentes nesses espaços marítimos», que constituam domínio público geológico²².

Os poderes da RAA no âmbito do artigo 8.º EPARAA não se reconduzem, portanto, a uma visão restrita da gestão de domínio público (nem essa expressão é utilizada), mas sim a uma visão geral da gestão do espaço marítimo, de uma perspetiva holística, num espaço que corresponde a um *condomínio de interesses*²³.

Para além do mais, o Tribunal Constitucional, na senda da sua jurisprudência, não faz qualquer distinção entre a *gestão conjunta* e o *princípio da gestão partilhada*, tratando-os como sinónimos²⁴. Diga-se de passagem, que o legislador também não esteve bem a este respeito, porquanto divide os poderes gestionários entre o espaço para cá das duzentas milhas e para lá destas, ao arpejo da distinção prevista no artigo 8.º, e dos conceitos (de direito internacional) de plataforma continental, zona económica exclusiva, zona contígua, águas interiores e mar territorial.

De facto, no que respeita à gestão conjunta das águas interiores e do mar territorial, a norma «[...] afirma expressamente o direito ao *exercício de poderes*, pelo que a atuação da RAA, no quadro da gestão conjunta, não pode ficar pela intervenção (ainda que conformadora) do processo antecedente ao exercício do poder: o exercício do poder de forma conjunta impõe a igualdade na prática do ato final, tendo de ser exercido num contexto de codecisão, ou de forma que afete de forma vinculativa essa decisão.»²⁵

Já no que toca ao princípio da gestão partilhada aplicável às demais competências no espaço marítimo nacional «[...] impõe um modo de exercício de competência e não um exercício conjunto da mesma competência, sendo possível a distribuição de competências entre o Estado e RAA [...]»²⁶, na senda do Acórdão n.º 315/2014, de 1 de abril, no qual se afirmou que o «exercício partilhado impõe então colaboração ou coordenação entre a administração regional e a administração do Estado.»

²² Acórdão n.º 315/2014.

²³ Utilizando uma expressão própria do direito do urbanismo. Como veremos, em nosso entender, se planejar no território terrestre não depende de titularidade do domínio (afetando inclusive interesses privados), o mesmo vale para o espaço marítimo.

²⁴ Assim foi no Acórdão n.º 136/2016, ponto II., 7.2.

²⁵ BRUNO REIS, *op. cit.*, p. 59.

²⁶ *Ibid.*, p. 62.

Rui Medeiros e Armando Rocha²⁷ extraem dos princípios da gestão conjunta e da gestão partilhada três possibilidades de atuação: (i) a «transferência de competências para os órgãos da Região Autónoma»; (ii) a «adoção de um verdadeiro processo de codecisão»; ou (iii) a «atribuição, aos órgãos próprios das Regiões Autónomas de poderes de pronúncia, desde que haja um direito diferenciado de participação que, efetivamente, assegure a tutela dos seus interesses e influencie o conteúdo do ato a adotar.»

Acompanhamos esta posição, com uma ressalva. A última das possibilidades identificada pelos autores citados corresponde àquilo que já decorreria sempre dos poderes de participação previstos constitucionalmente e estatutariamente como direito das regiões autónomas. Com efeito, o artigo 229.º, n.º 2, já *dispunha, de qualquer forma*, que «os órgãos de soberania ouvirão sempre, relativamente às questões da sua competência respeitantes às regiões autónomas, os órgãos de governo regional.» Do mesmo modo, no artigo 7.º, n.º 1, *alínea g*), do EPARAA consagra-se «o direito a ser sempre ouvida pelos órgãos de soberania e a pronunciar-se por iniciativa própria, relativamente às questões da competência destes que digam respeito à Região.»

Parece-nos que a única forma que existiria de conciliar um esquema de *pronúncia*, com uma forma de tutela que *influenciasse o conteúdo do ato a adotar* seria um mecanismo de participação que impusesse a negociação sobre as linhas mestras a figurar nos Planos de Afetação e de Situação ainda antes de ser preparada a proposta de regulamento aplicável. Seria a possibilidade, conforme já tivemos oportunidade de defender²⁸, da criação de consórcio de entidades públicas, órgãos mistos de coordenação (como plataforma de negociação), convénios de cooperação juridicamente vinculativos. Sem a possibilidade de condicionar as propostas de decisão em momento anterior à sua elaboração, qualquer poder decorreria tão só dos direitos gerais de audição, e não do direito específico de *gestão partilhada ou conjunta*. Estando previstos em normativos distintos, outra conclusão não poderá retirar-se, que não seja a de que o legislador, ao estatuir os princípios da gestão partilhada ou conjunta, pretendeu algo mais do que uma mera audição procedimental.

²⁷ Parecer da Sérvulo e Associados, Sociedade de Advogados RL, a pedido da RAA, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a41344e54466a4e5751774c546b774f5459744e44566b5a433169595745794c54426b4e6a4930595445315a47457a4e5335775a47593d&fich=0851c5d0-9096-45dd-baa2-0d624a15da35.pdf&Inline=true>, p. 24 [consultado em 12/12/2022].

²⁸ BRUNO REIS, *op. cit.*, pp. 84 e ss.

No geral, e face ao enquadramento de *legalidade* por via do artigo 8.º EPARAA, o diploma objeto de fiscalização não suscita críticas significativas. Muito embora o diploma segregue as zonas marítimas para além das duzentas milhas, a arpeio da unidade das áreas marítimas, tal como definidas no direito internacional e nas Diretivas aplicáveis²⁹, no que respeita à natureza dos poderes gestonários (competência própria de elaboração e aprovação por parte das Regiões Autónomas e a aplicação de parecer vinculativo) é perfeitamente consentâneo com os normativos constitucionais aplicáveis.

Aliás, convocamos para aqui o segmento da Declaração de Voto do Juiz Conselheiro João Caupers, que afirmou que «a categoria de pareceres vinculativos é conhecida e usada em inúmeras áreas da administração pública – urbanismo, defesa do património histórico, ambiente, etc. –, precisamente porque se trata de um instrumento útil para forçar entendimentos.»

Aqui jaz, no nosso entender, o cerne da irracionalidade de uma posição, conforme dito na mesma declaração de voto, *hostil* às autonomias regionais, atendendo a que se rejeita às autonomias *político-legislativas* aquilo que se admite em situações de mera autonomia administrativa, no caso das autarquias locais. Ora, as Regiões Autónomas não são autarquias locais, são verdadeiras pessoas coletivas territoriais munidas de legitimidade (consagrada constitucionalmente) política para assumir os comandos de decisões estruturais, ainda que em colaboração.

V. Gestão partilhada e poderes dominiais

Como temos visto, o Tribunal Constitucional olha para a questão da compatibilidade entre a *gestão partilhada* e a *soberania estadual* do ponto de vista daquilo que será essencial à titularidade do domínio público. Conforme veremos *infra*, entendemos que as funções de soberania não se confundem com os poderes que fazem parte do núcleo essencial dos poderes do titular do domínio.

²⁹ Conforme já tivemos oportunidade de defender (*ibid.*, *op. cit.*, p. 15), é feita uma transposição incorreta da Diretiva-Quadro Estratégia Marinha, efetuada pelo Decreto-Lei n.º 108/2010, de 13 de outubro (cujos normativos depois transbordam para a LBOGEM, quanto à definição das zonas), ao separar áreas da plataforma continental estendida da zona marítima do Atlântico Nordeste. No mesmo sentido, MARTA CHANTAL RIBEIRO, parecer de 27 de julho de 2016, “Fundamentos para uma alteração do regime de ordenamento e gestão dos espaços marítimos sob soberania ou jurisdição nacional por interpretação do EPARAA”, pp. 22 e ss., disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a526c4d7a49775a546b324c5446694d324d744e4459355a5330344e6a59794c544a6b59574e6b5a6a59794e325535597935775a47593d&fich=4e320e96-1b3c-469e-8662-2dacdf627e9c.pdf&InLine=true> [consultado em 23/10/2022].

De todo o modo, ainda que se desse por assente que existe um núcleo essencial dos poderes do titular do domínio que não pode ser afetado atendendo à essência soberana do domínio público marítimo, sempre se diria que os normativos identificados não colidem de modo algum com a soberania e integridade do Estado, nem violam os normativos constitucionais aplicáveis.

O Tribunal Constitucional, conforme a jurisprudência mais recente, tem vindo a adotar uma posição que cinde os poderes sobre o domínio público em dois níveis, um primário, indelegável, e outro secundário, cujo conteúdo pode ser atribuído a entidades diversas daquela que corresponde ao titular do domínio.

A questão que se coloca, nesta medida, e tendo por base aquilo que está em discussão, que são poderes para aprovar planos de ordenamento do espaço marítimo nacional, é aferir se o poder de aprovar instrumentos de ordenamento do espaço marítimo na área da plataforma continental para lá das 200 milhas náuticas, sujeito a parecer vinculativo dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas, contende, ou não, com os poderes do titular do domínio.

O Tribunal, citando Marcello Caetano³⁰, afirma que «[...] “o domínio, aí [no espaço marítimo] consiste em mera reserva dos direitos de soberania, de fruição e de disposição pelo Estado, o qual tem o poder de regular e policiar os usos dessas águas. É nesse sentido que a lei as integra no domínio público” [...]», dizendo ainda que «o domínio do espaço marítimo manifesta-se, assim, através de poderes públicos que denotam supremacia e supraordenação do Estado», incluindo, no âmbito desses poderes, o poder *regulamentar*.

Ora, é nossa opinião, com o devido respeito, que a posição acima sufragada (num período anterior à Constituição de 1976 que consagrou a autonomia regional dos Açores e da Madeira) não deve ser acompanhada. A supremacia do Estado, e bem assim, o poder regulamentar, não dependem da titularidade do domínio público respetivo. Conforme entende Jorge Miranda³¹, domínio público corresponde «*grosso modo*, a propriedade, no sentido de direito real submetido ao direito público.» O poder regulamentar decorre, outrossim, do *ius imperii* estadual, e vincula todo o território, e não apenas as áreas sujeitas a regime do domínio público³².

³⁰ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo – Vol. II*, 9.ª ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 1980, p. 876.

³¹ JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 141.

³² Veja-se o caso dos Planos Diretores Municipais, que vinculam entidades públicas e privadas, podendo impor inclusive restrições de edificação que afetam o próprio domínio público estadual.

Assim sendo, verifica-se que o enquadramento da questão no contexto dos poderes dominiais é um *nonsense*, porquanto o que está em causa não é isso, mas sim a compatibilidade dos poderes regionais com as funções soberanas do Estado, num contexto jurídico totalmente distinto.

Planear ou *ordenar* é uma função administrativa, de natureza normativa, que é independente da titularidade do domínio (seja propriedade privada, domínio público ou privado da Administração, das Regiões Autónomas e das Autarquias locais). O domínio público, segundo a doutrina dominante, é caracterizado pela *extracomercialidade de direito privado*, que tem como polos orientadores os princípios da *inalienabilidade*, da *imprescritibilidade* e da *impenhorabilidade*³³.

E levanta-se, portanto, a questão essencial: assumindo que o domínio público corresponde a uma categoria jurídica de conteúdo idêntico (ainda que com especificidades) em todo o escopo de atuação, o que é que verdadeiramente o caracteriza? Serão os poderes? Ou será uma afetação dos respetivos benefícios e recursos?

Conforme afirmam Rui Medeiros e Armando Rocha³⁴ «há muito que o legislador ordinário assumiu que várias funções relativas à gestão do espaço marítimo dominial podem ser exercidas por outras entidades públicas, e que, de igual modo, até entidades puramente privadas (concessionárias) têm adjudicadas algumas competências no âmbito da gestão administrativa dos espaços afetos ao domínio público marítimo.»

Parece-nos verdadeiramente lacunar que seja admitida a concessão privada de bens de domínio público (acompanhado de poderes de gestão desse mesmo domínio) ao mesmo tempo que se afirma que as Regiões Autónomas carecem de legitimidade para condicionar a aprovação de Planos (seja direta ou indiretamente), quando estão em causa pessoas coletivas territoriais de direito público. Conforme afirmam os mesmos autores, «não há nenhum obstáculo dogmático à transferência de poderes administrativos de mera gestão dos espaços marítimos adjacentes, aproveitando-se o facto de às Regiões Autónomas caberem amplas atribuições e competências administrativas enquanto pessoas coletivas de direito público.»

Dizer que o domínio público é do Estado significa, tão só, em nosso modesto entender, que os benefícios que advierem da gestão desse mesmo domínio público devem ser partilhados com a generalidade do país,

³³ ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público. O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 415.

³⁴ Parecer da Sérvulo e Associados, RL, *cit.*

independentemente de saber se o poder concreto de aprovação de planos de planos de ordenamento do espaço marítimo nacional é regional ou nacional.

Neste sentido, e muito embora com uma conclusão da qual divergimos, na declaração de voto subscrita por Gonçalo de Almeida Ribeiro, Afonso Patrão e Mariana Canotilho diz-se que: «A posição que fez maioria assenta na convicção de que o Estado exerce sobre a plataforma continental poderes de soberania [...]. Se é certo que a plataforma continental se encontra necessariamente incluída no domínio público (alínea a) do n.º 1 do artigo 84.º da Constituição), essa imposição não decorre do eventual exercício de poderes soberanos, mas do fito de impedir a exploração desregrada dos recursos geológicos do mar e do propósito de todos poderem beneficiar desses recursos sem dependência da vontade do proprietário do solo (como sucederia num modelo de tipo fundiário) [...]».

A jurisprudência da separação entre os poderes *primários* e os poderes *secundários* referentes ao domínio público nasce do enquadramento da reserva absoluta de competência prevista no artigo 165.º, n.º 1, alínea v), da CRP, e não afeta, em nosso modesto entendimento, o exercício do poder regulamentar.

Aliás, se assim fosse, o diploma também seria inconstitucional no que respeita à aprovação dos Planos pelo próprio Governo, atendendo a que violaria a reserva de lei da Assembleia da República. Como veremos *infra*, os planos aprovados pela ALRA, embora no uso *formal* de um poder legislativo, não deixam de ser, *materialmente*, um regulamento, e é assim que devem ser verdadeiramente entendidos. É, conforme afirmado por Ana Raquel Moniz, «uma competência normativa a desenvolver no seio da função administrativa»³⁵.

Sucedede que o Tribunal tem feito, na jurisprudência mais recente, já analisada *supra*, uma expansão do sentido da reserva dos poderes do domínio público, afirmando que existe, na verdade, uma reserva implícita de poderes que apenas poderão ser exercidos pelo Governo, para lá da questão da reserva de poder legislativo da Assembleia da República.

Não se disputa, necessariamente, que possa existir um grau de reserva atribuído aos órgãos de soberania no âmbito administrativo. Disputa-se, sim, é que tal reserva de competência não possa ceder perante um dos valores que constitui uma das traves mestras do regime constitucional saído da revolução de abril: a autonomia regional.

³⁵ ANA RAQUEL MONIZ, «Os direitos da Região Autónoma dos Açores sobre as zonas marítimas portuguesas», in Ana Raquel Moniz / Armando Rocha / Marta Chantal Ribeiro / Rui Medeiros, *Gestão Partilhada dos Espaços Marítimos, Papel das Regiões Autónomas*, Coimbra: Gestlegal, 2016, p. 26.

Conforme veremos não existe nada de particular no domínio público marítimo (salvo numa visão anacrónica assente na doutrina de Marcello Caetano sobre o domínio público, elaborada num contexto ausente de autonomias regionais), que o torne o elemento essencial à integridade da soberania nacional. O Estado exerce os seus poderes soberanos sobre qualquer parte do território, seja ele domínio público ou não.

Ora, o território português (fundação da soberania) é aquele *historicamente definido no continente europeu e os arquipélagos dos Açores e da Madeira*. Se o Estado é soberano sobre os arquipélagos dos Açores e da Madeira, porque haveriam os poderes destas regiões sobre as zonas marítimas (que não são território soberano) de violar a soberania nacional?

VI. Soberania enquanto fundamento do domínio público marítimo do Estado

O aresto em apreço defende a essencialidade da titularidade pelo Estado do domínio público marítimo para a defesa da soberania nacional, bem expressa no ponto 8 do acórdão: «a conexão íntima do mar territorial e da plataforma continental com as funções de soberania e defesa do Estado e mesmo com a sua identidade, sujeitam esses espaços a um regime de *domínio público estadual*.» Esta tese, sufragada por sectores maioritários da doutrina³⁶, tem origem no Direito Internacional Público, pelo que o domínio público do mar conferiria aos Estados a jurisdição plena sobre aquele, legitimando assim, no plano internacional, qualquer ação de defesa da integridade do território nacional.

No plano dos poderes da Regiões Autónomas, a conceção anteriormente referida veio a merecer acolhimento expresso, na medida em que as primitivas versões dos Estatutos Político-Administrativos dos Açores e da Madeira consagravam uma norma genérica, em que se consideravam do domínio público regional todos os bens do domínio público situados nas regiões, com exceção daqueles que fossem afetos à defesa e aos serviços públicos não regionalizados³⁷. Porém, nas sucessivas revisões dos Estatutos

³⁶ Entre nós, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 1002; ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público...* op. cit., p. 292; EDUARDO PAZ FERREIRA, “Domínio Público e Privado da Região”, in Jorge Miranda / Jorge Pereira da Silva (coord.), *Estudos de Direito Regional...* op. cit., p. 482. Em sentido contrário, defendendo a separação entre titularidade e exercício de competências sobre o domínio público, vide GONZÁLEZ GARCIA, *La Titularidad de los Bienes del Dominio Público*, Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 131 e ss.

³⁷ Merecendo, porém, por parte da doutrina, uma interpretação restritiva, considerando que qualquer concepção de que o mar territorial das Regiões constituiria domínio público regional violaria o disposto

de ambas as Regiões, veio a ser expressamente acolhida a dominialidade pública do Estado sobre o mar territorial daquelas, como se veio a manter nos n.ºs 1 e 3 do artigo 8.º da versão vigente do EPARAA, esta última cuja inconstitucionalidade veio a ser declarada.

Não obstante ser este o entendimento da esmagadora maioria da doutrina pátria, e agora com reforço no aresto em análise, não nos parece que para o exercício dos poderes de soberania sobre o território nacional seja necessária a dominialidade pública sobre o mar³⁸. Senão vejamos, entende-se por *território Estadual* o espaço geográfico em que o poder público daquele se exerce, compreendendo o espaço *aéreo, terrestre e marítimo*³⁹. A dominialidade, por seu turno, implica uma ideia *titularidade*, numa equiparação no plano do direito público, ao direito de propriedade no direito privado, o que não nos parece ser essencial ao exercício da soberania. Aliás, muitas são as teses sobre a relação do Estado com o seu território⁴⁰, mas que não cabem agora na presente análise, sendo certo que a soberania pode ser exercida, independentemente da dominialidade. Basta pensar que o Estado não deixa de exercer a soberania sobre a propriedade privada, ainda que limitado obviamente pelos limites impostos (*erga omnes*) pelo conteúdo do direito de propriedade, na concretização do direito fundamental previsto no artigo 62.º da CRP, assim como, no plano público, sobre o domínio público regional e local.

A posição dominante no duto aresto, e com apoio da citada doutrina maioritária, é a de que a titularidade do domínio público é essencial ao exercício da soberania, indo mais longe, ao defender não só a intransferibilidade dos poderes primários, mas também a incindibilidade entre a titularidade e a gestão do domínio público marítimo. Posição que não nos parece defensável, tanto mais que as próprias normas sujeitas à sindicância do Tribunal Constitucional salvaguardam sempre a defesa da

no artigo 84.º da CRP. Neste sentido, EDUARDO PAZ FERREIRA, “Domínio Público e Privado da Região”, op. cit., p. 482 e RUI MEDEIROS / JORGE PEREIRA DA SILVA, *Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores Anotado*, Lisboa: Principia, 1997, pp. 249-250.

³⁸ Assim como o espaço terrestre ou aéreo.

³⁹ Sobre o espaço estadual e a sua organização, vide NGUYEN QUOC DINH / PATRICK DAILLIER / ALAIN PELLET, *Droit International Public*, 10.ª ed., Paris: LGDJ, 2008, p. 474; JORGE MIRANDA, “O território”, in Jorge Miranda (coord.), *Estudos Sobre a Constituição*. Vol. II, Lisboa: Livraria Petrony, 1978.

⁴⁰ Não chegando aos radicalismos de HANS KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 314, para quem: «Não existe absolutamente relação alguma entre o Estado, considerado como pessoa, e o território, já que este é apenas a esfera territorial de validade da ordem jurídica nacional. Portanto, é fora de propósito perguntar se a relação do Estado com o seu território tem o carácter de um *ius in rem* ou de um *ius in personam*».

integridade do território, a defesa e a soberania, matérias em que os órgãos de soberania teriam sempre poder de decisão. Acompanhamos assim a tese defendida por Ana Raquel Moniz⁴¹⁻⁴² de que é possível cindir os poderes de titularidade dos poderes de gestão dos bens do domínio público do Estado, posição seguida pela Conselheira Benedita Urbano, no seu voto de vencido, que vai mais longe, não só ao justificar como ao delimitar a possibilidade de transferência desses poderes, no caso concreto⁴³. Pelo que não se vislumbra fundamento para a tese de que o exercício exclusivo pelo Estado dos poderes inerentes à titularidade do domínio público marítimo é essencial à defesa da soberania, tanto mais que, quer as normas em apreço, quer o EPARAA que consagra o princípio da gestão partilhada do mar territorial dos Açores, salvaguardam sempre a integridade territorial e a soberania.

VII. A natureza regulamentar dos planos integrados em ato legislativo

O Tribunal Constitucional veio ainda a declarar a inconstitucionalidade das normas contidas no artigo 31.º-A da Lei n.º 17/2014, de 10 de abril, na redação dada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro, por violação do disposto nos artigos 84.º, n.º 2, 165.º, n.º 1, alínea v) e 227.º, n.º 1, alínea a), da CRP, por considerar que está vedado às Regiões o desenvolvimento de Leis de Bases em matérias que não estão previstas no Estatuto Político Administrativo ou que são reservadas aos órgãos de soberania, incluindo a aprovação, por via de Decreto Legislativo Regional, dos planos de ordenamento do território marítimo. Conforme refere o douto aresto: «Com efeito, nos termos da disposição legal aditada, as regiões autónomas ficam habilitadas a desenvolver, mediante decreto legislativo regional, diversas

⁴¹ ANA RAQUEL MONIZ, “Os direitos da Região Autónoma dos Açores...”, *op. cit.*

⁴² Igualmente sustentada por GONZÁLEZ GARCIA, *La Titularidad...*, *op. cit.*, pp. 131 e ss.

⁴³ Escreve no seu voto de vencido: «(...) é possível defender a cisão entre titularidade e gestão, de tal modo que o titular do domínio público pode transferir para outras entidades públicas (e mesmo para entidades privadas) a gestão de áreas ou parcelas desse domínio público. A transferibilidade da gestão depende, fundamentalmente, de duas coisas. «Desde logo, de se tratar de transferência de poderes dominiais secundários – devendo os poderes dominiais distinguir-se consoante digam respeito a aspetos básicos e centrais do estatuto da dominialidade (os primários) ou, ao invés, digam respeito a aspetos não essenciais, mais de tipo regulamentar (os secundários). Caberão dentro da figura dos poderes dominiais secundários os poderes de gestão dominial que incluem o ordenamento e planeamento (exceto se e na medida em que a aprovação dos planos implique a delimitação do domínio público marítimo), a atribuição de usos privativos e a defesa – sendo certo que nem todo o conteúdo dos planos tem que ver com o domínio público marítimo (pense-se nos recursos geológicos). Ademais, a cisão entre titularidade e gestão do domínio público deverá justificar-se com base em valores e bens tutelados pela Constituição, devendo resultar da ponderação e harmonização entre distintos bens, valores e/ou direitos constitucionais.»

matérias da Lei n.º 17/2014, incluindo a própria elaboração e aprovação dos instrumentos de ordenamento a que alude o artigo 8.º»⁴⁴.

Tal decisão encerra dois segmentos: um primeiro que se prende com a (im)possibilidade de a RAA legislar, no uso da competência de desenvolvimento de leis de bases, por entender o Tribunal Constitucional que essa competência é da reserva dos órgãos de soberania no uso dos poderes primários e intransferíveis sobre o domínio público marítimo do Estado, posição que não sufragamos, conforme demonstrado *supra*⁴⁵. Num segundo segmento, e que constituirá o objeto da análise deste ponto, está a competência da RAA, para, ainda que por via legislativa, aprovar os planos de ordenamento do espaço marítimo, que, em nosso entender, são, materialmente, regulamentos⁴⁶. Senão vejamos, dispõem as alíneas a) e b) do n.º 3 do aditado artigo 31.º-A da Lei n.º 17/2014, de 10 de abril, na redação dada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro que:

«3 – Os termos em que se define o ordenamento e a gestão das áreas do espaço marítimo nacional sob soberania ou jurisdição nacional adjacentes aos arquipélagos dos Açores e da Madeira comportam:

a) A transferência para as regiões autónomas de competências da administração central quanto ao espaço marítimo sob soberania ou jurisdição nacional adjacente aos respetivos arquipélagos até às 200 milhas marítimas, salvo quando esteja em causa a integridade e soberania do Estado;

b) A participação dos serviços da administração central competente no procedimento prévio dirigido à aprovação dos planos de ordenamento e gestão do espaço marítimo até às 200 milhas marítimas, mediante a emissão de parecer, o qual é obrigatório e vinculativo nas matérias relativas à integridade e soberania do Estado; (...).»

No que toca a esta última, e que se prende com a aprovação dos planos de ordenamento e gestão do mar territorial, o legislador, no desenvolvimento do consagrado princípio da *gestão partilhada* previsto no artigo 8.º do EPARAA, previu um procedimento (administrativo) de codecisão. Ainda que consagrado, por via legislativa, nos termos do disposto n.º 1 do citado artigo 31.º-A, na verdade estamos perante um poder regulamentar.

Admitimos, porém, que no plano formal, a consagração da aprovação de plano de ordenamento do território marítimo por via de Decreto Legislativo Regional, com a obtenção de parecer vinculativo dos órgãos da

⁴⁴ Itálico nosso.

⁴⁵ Cf. pontos 4, 5 e 6.

⁴⁶ Neste sentido, ANA RAQUEL MONIZ, “Os direitos da Região Autónoma dos Açores...”, *op. cit.*, p. 26.

administração central do Estado, não nos parece a solução mais adequada. Estamos perante um regime híbrido de interseção, a nosso ver indesejável, dos poderes legislativo e executivo, assim como uma “administrativização” do procedimento legislativo. Contudo, não sufragamos a tese de que estamos perante um ato legislativo atípico e não previsto no artigo 227.º da CRP, como sustenta a decisão em análise, até porque, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP e no artigo 41.º do EPARAA, a Assembleia Legislativa Regional tem o poder de, sob a forma de Decreto Legislativo Regional, regulamentar as leis e decretos-leis dos órgãos de soberania, que não reservem para o Governo Regional o respetivo poder regulamentar.

Mas o que releva para a presente análise é que, no que toca ao poder de aprovação de planos de ordenamento do território marítimo, estamos perante um ato que tem indiscutivelmente natureza regulamentar, pelo que, quer por via legislativa, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP, quer no exercício direto da atividade administrativa regulamentar, a aprovação dos planos do ordenamento do território marítimo, em nosso entender, não contende com as normas invocados no duto aresto, em particular com o disposto nos artigos 84.º, n.º 2, 165.º, n.º 1, alínea v), e 227.º, n.º 1, alínea a), da CRP.

VIII. Conclusão: Que sobra ao princípio da gestão partilhada após a decisão constitucional?

Analisado o aresto constitucional, ficamos com a nítida sensação de que o Tribunal tem a posição de que qualquer poder a exercer sobre as zonas marítimas portuguesas que não implique o acordo ou a palavra final do Estado central violará, por inerência, os poderes *primários* inerentes ao titular do domínio.

Conforme analisámos *supra* os princípios da gestão partilhada e conjunta, estabelecidos de forma manifestamente aberta no artigo 8.º do EPARAA, permitem ser densificados de formas diferentes: ou em codecisão, ou em delegação de competências, ou numa participação intensa prévia à preparação do projeto de instrumento de gestão territorial do espaço marítimo.

Na questão do procedimento de *codecisão*, o Tribunal Constitucional inviabiliza na prática essa opção ao dizer que «o condicionamento introduzido por via da *vinculatividade* do parecer obrigatório a emitir pelas regiões autónomas retira a exclusividade da competência para exercer os

direitos dominiais resultantes da soberania e jurisdição que tem sobre aquelas zonas marítimas». Quer isto dizer que o Tribunal não admitirá qualquer condicionalismo imposto ao titular do domínio, ainda que funcione sob forma de *parecer vinculativo*.

Assim sendo, num argumento *a minori, ad maius*, se o Tribunal não admite um regime de parecer vinculativo, também não admitirá um processo de codecisão no qual se estabeleça um procedimento de aprovação *a final* conjunto dos planos de ordenamento do espaço marítimo nacional.

Por outro lado, o poder delegado de aprovação dos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo (por decreto legislativo regional), previsto no artigo 31.º-A, foi enquadrado no Acórdão da perspetiva do desenvolvimento das leis de bases prevista nos artigos 112.º, n.º 4, e 227.º, n.º 1, alínea c), da CRP. Sem prejuízo do incorreto enquadramento efetuado pelo tribunal, conforme analisámos *supra*, atendendo à natureza regulamentar do diploma (que apenas por imposição estatutária assume a forma de ato legislativo), podemos retirar do aresto uma de duas conclusões: ou a inconstitucionalidade deriva tão só da *forma* de ato legislativo, o que seria ultrapassado pela simples alteração estatutária, conferindo aos órgãos de poder administrativo regional (Governo) a competência para a emissão dos Planos de Situação e Afetação ou, por outra banda, o Tribunal, mesmo nesse cenário, sempre consideraria inadmissível a prática da emissão de normas de natureza administrativa que afetassem o teor dos poderes primários sobre o domínio público marítimo.

Muito infelizmente, parece-nos que da leitura conjunta da jurisprudência constitucional (já analisada), designadamente do Acórdão n.º 136/2016, que o Tribunal, defendendo uma reserva governamental sobre a gestão do domínio público marítimo, não admitiria, de forma alguma, uma competência para a aprovação dos instrumentos de gestão territorial em causa por parte das Regiões Autónomas, sem que pelo menos algum poder fosse atribuído ao Estado para impedir a entrada em vigor de normas de cujo sentido discordasse.

Por último, sobraría a possibilidade de introdução de mecanismos de participação procedimental, nos quais as Regiões Autónomas tivessem a capacidade de, previamente à elaboração de qualquer proposta de regulamento, condicionar as opções de fundo a tomar. Mais uma vez, a ideia presente na jurisprudência constitucional de que o titular do domínio não pode ceder os poderes essenciais a esse domínio (incluindo nestes muito do enquadrado no seio das matérias delimitadas pelos Planos de Situação e de Afetação) leva-nos a concluir de modo mais ou menos claro que o Tribunal

defende que a *palavra final* sobre o ordenamento do espaço marítimo nacional deve, sempre, caber ao Estado.

Perspetivando-se o domínio público marítimo, na ótica dominante, como um elemento tão importante para a integridade e soberania nacionais, que impede, por seu turno, a determinação de opções estratégicas por parte das Regiões Autónomas sobre esses espaços através dos instrumentos de gestão territorial, parece decorrer da análise ao Acórdão e à jurisprudência anterior (embora de modo nunca muito explícito, salvo no caso do Acórdão n.º 136/2016, quando se disse que é «bastante questionável a possibilidade de o Estado abdicar do poder de ordenar o espaço marinho»), que às Regiões Autónomas apenas poderia caber o poder para a prática de atos administrativos concretos e o poder de participar nas decisões que, substancialmente, caberiam ao Estado Central.

É nesse sentido que o Tribunal, em nosso entender, e usando a expressão usada pela Juíza Conselheira Fátima Mata-Mouros no Acórdão n.º 136/2016, esvazia de conteúdo as normas do artigo 8.º do EPARAA, impondo, por via do poder jurisdicional, uma limitação muito significativa ao seu sentido, constituindo um duro revés às legítimas aspirações dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas e dos cidadãos que nelas vivem, especialmente considerando que as normas contidas no artigo 8.º do EPARAA foram redigidas, precisamente, com o propósito de acolher as preocupações decorrentes da jurisprudência constitucional anterior.

Face a uma jurisprudência de tal modo restritiva do sentido a dar ao artigo 8.º do EPARAA só restam duas soluções: a conformação, esperando uma evolução jurisprudencial que ultrapasse a posição maioritária, ou então uma revisão constitucional, que de modo muito concreto amplie de forma expressa os poderes sobre o domínio público marítimo do Estado (ou inclusive atribua às Regiões Autónomas o domínio público marítimo das áreas circundantes).