

A (des)necessidade de cumprimento das metas de incorporação de combustíveis de baixo teor em carbono para transportes?



Rodrigo Farinha
ASSOCIADO

1. Enquadramento

O Decreto-Lei n.º 84/2022, de 09 de dezembro, revogou o Decreto-Lei n.º 117/2010, de 25 de outubro, e veio estabelecer as (novas) metas relativas ao consumo de energia proveniente de fontes renováveis, transpondo parcialmente a Diretiva (UE) 2018/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (RED II) ¹.

Os fornecedores de combustíveis encontram-se “obrigados” a cumprir metas de incorporação de combustíveis de baixo teor em carbono para transportes, em teor energético, sobre as quantidades de combustíveis rodoviários por si introduzidos no consumo (artigo 8.º). O seu cumprimento é comprovado mediante a apresentação à Entidade Nacional para o Setor Energético, E.P.E. (ENSE), até ao final do mês seguinte ao trimestre a que a obrigação respeita, de títulos de biocombustível (TdB) ou títulos de baixo carbono (TdC), emitidos ao abrigo do disposto nos artigos 40.º e 41.º. Perante o incumprimento das mencionadas metas devem ser aplicadas compensações financeiras por cada TdB ou TdC em falta (artigo 52.º), por forma a (tentar) diminuir o dano ambiental provocado pela ausência de incorporação de combustíveis de baixo teor em carbono no consumo nacional.

¹ O Decreto-Lei n.º 84/2022 foi, entretanto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 23/2023, de 5 de abril.

2. A (in)oponibilidade do regime jurídico consagrado no Decreto-Lei n.º 84/2022

Pese embora o Decreto-Lei n.º 84/2022 tenha visado a transposição da RED II, em virtude de uma manifesta deficiência legislativa, até à presente data, as metas de incorporação anuais e progressivas que foram estabelecidas e, por conseguinte, a aplicação das respetivas compensações financeiras por cada TdB ou TdC em falta, não são oponíveis aos fornecedores de combustíveis, podendo os mesmos introduzir no consumo combustíveis rodoviários sem assegurar a incorporação de combustíveis de baixo teor em carbono.

Note-se que apesar do Decreto-Lei n.º 84/2022 ter revogado o Decreto-Lei n.º 117/2010, ambos os diplomas apresentam pontos de regime em comum:

- (i.) Estabelecem objetivos de incorporação de combustíveis sustentáveis no mercado nacional;
- (ii.) Preveem a aplicação de compensações financeiras sempre que se verifique uma situação de incumprimento por parte dos operadores económicos abrangidos pelo âmbito de aplicação da norma que estabelece as metas de incorporação para cada ano.

Ora, a respeito das metas de incorporação que à data se encontravam estabelecidas no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 117/2010, no passado mês de março de 2023, foi proferido Acórdão pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ², através do qual se declarou que “[o] artigo 1.º, ponto 4, da Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação [...] deve ser interpretado no sentido de que: uma legislação nacional que fixa um objetivo relativo à incorporação de 10 % de biocombustíveis nos combustíveis rodoviários introduzidos no consumo por um operador económico relativamente a um determinado ano é abrangida pelo conceito de «outra exigência» na aceção do artigo 1.º, ponto 4, da Diretiva 98/34, conforme alterada, e constitui assim uma «regra técnica» na aceção do artigo 1.º, ponto 11, da Diretiva 98/34, conforme alterada, a qual apenas é oponível aos particulares se o seu

² Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 9 de março de 2023. *Vapo Atlantic SA contra Entidade Nacional para o Setor Energético E.P.E.* (disponível em www.eur-lex.europa.eu). O Acórdão foi proferido na sequência de um reenvio prejudicial promovido pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, no âmbito de um processo onde foi suscitada a inoponibilidade do Decreto-Lei n.º 117/2010 aos particulares, com fundamento na violação do Direito da União Europeia.

projeto tiver sido comunicado em conformidade com o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34, conforme alterada”.

Assim, é entendimento do TJUE que uma legislação nacional que fixa um objetivo relativo à incorporação de 10% de biocombustíveis nos combustíveis rodoviários introduzidos no consumo por um operador económico relativamente a um determinado ano – como sucedia com o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 117/2010 e como sucede com o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 84/2022 – encontra-se abrangida pelo conceito de «outra exigência» e, por conseguinte, consubstancia uma «regra técnica» que somente será oponível aos particulares se o seu projeto tiver sido comunicado à Comissão Europeia.

A relevância do entendimento vertido pelo TJUE é evidente. É que, nem o Decreto-Lei n.º 117/2010, nem o Decreto-Lei n.º 84/2022, foram objeto de comunicação prévia à Comissão Europeia ³.

Se quanto ao primeiro diploma legal ainda se consegue compreender a atuação do Estado português, partindo do pressuposto que o mesmo entendia que as metas de incorporação não integravam o conceito de «regra técnica», quanto à ausência de comunicação do segundo diploma, não se concebe qual o motivo que levou o Estado português a proceder à publicação do Decreto-Lei n.º 84/2022 sem, previamente e por mera cautela, remeter o projeto do diploma para apreciação da Comissão Europeia.

É verdade que o Decreto-Lei n.º 84/2022 foi publicado antes de ter sido proferido o Acórdão do TJUE. É, igualmente, verdade que o Estado Português tem prazos a cumprir para a transposição da Diretiva (UE) 2018/2001, impostos pela União Europeia. No entanto, tendo plena consciência de que foram suscitadas diversas questões prejudiciais ao TJUE a respeito do Decreto-Lei n.º 117/2010 ⁴ – uma das quais, a necessidade de comunicação prévia do projeto do artigo 11.º à Comissão Europeia, sob pena de inoponibilidade do preceito legal aos operadores económicos – exigia-se que o Estado português adotasse um conjunto de medidas atinentes a mitigar os efeitos que a ausência de comunicação, com um elevado grau de probabilidade, poderia (e vai) gerar num futuro não muito distante.

³ Nesta senda, resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 84/2022 que “[f]oram ouvidas a Associação Nacional de Municípios Portugueses, a Associação de Bioenergia Avançada e a APPB - Associação Portuguesa de Produtores de Biocombustíveis” e que “[f]oi promovida a audição do Conselho Nacional do Consumo, da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, da Associação Portuguesa de Empresas Petrolíferas, APETRO e da APREN - Associação Portuguesa de Energias Renováveis”.

³ Cfr. www.eur-lex.europa.eu.

3. As consequências da inoponibilidade das metas de incorporação: breves notas

Independentemente de se concordar, ou não, com o entendimento vertido pelo TJUE, a realidade é que ao considerar-se que o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 117/2010 não é oponível aos operadores económicos, por maioria de razão, o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 84/2022 também não o será.

O que, por conseguinte, levanta, pelo menos, dois problemas.

Em primeiro lugar, a ausência de comunicação do “novo” diploma legal, no limite, não só impossibilita o Estado português de garantir o cumprimento das obrigações relativas à promoção de utilização de energia de fontes renováveis impostas pela própria União Europeia, como a sua atuação não permite cumprir aqueles que foram os motivos que levaram à publicação do Decreto-Lei n.º 84/2022 e que se encontram evidenciados no seu preâmbulo: “[...] reduzir a dependência dos Estados-Membros da União Europeia das energias fósseis e, bem assim, a emissão de gases com efeito estufa”, assegurar “[a] proteção do ambiente e a garantia da sustentabilidade das fontes de energia [...]” e “[...] atingir a neutralidade carbónica até 2050, traçando uma visão clara relativamente à necessidade de uma descarbonização profunda da economia nacional, sustentada nos recursos endógenos renováveis e na sua utilização eficiente, como decorre do Plano Nacional de Energia e Clima 2030 [...]”.

Em segundo lugar, não obstante o Decreto-Lei n.º 84/2022 ser inoponível aos fornecedores de combustíveis, levanta-se a questão de saber se o mesmo também não é oponível à entidade reguladora competente para aplicar as compensações financeiras pelo incumprimento das metas de incorporação.

Concretizando, coloca-se a questão de saber se a entidade reguladora competente:

- (i.) Não deve aplicar as compensações financeiras com fundamento na violação do Direito da União Europeia;
- (ii.) Continua legalmente vinculada a praticar atos administrativos que determinem o pagamento de uma certa quantia pecuniária, a título de compensação, sempre que verifique uma situação de incumprimento das metas de incorporação consagradas no Decreto-Lei n.º 84/2022, sob pena de violação do princípio da legalidade ⁵.

⁵ Sobre o princípio da legalidade, *vide*, por exemplo, DIOGO FREITAS DO AMARAL – Curso de Direito Administrativo, vol. II, 4.ª edição, Almedina, 2020, p. 38.

Caso se entenda que a conduta da Administração não é ilegal, não se traduzindo a inoponibilidade do diploma num problema de ilegalidade, poderá ainda questionar-se se nos encontramos “apenas” perante um problema de responsabilidade civil extracontratual do Estado Português, por eventuais danos decorrentes do exercício da função político-legislativa que se venham a verificar na esfera jurídica dos fornecedores de combustíveis. Se a pessoa coletiva de Direito Público Estado Português, aquando da publicação do Decreto-Lei n.º 84/2022, não procedeu à comunicação das normas técnicas que integram o diploma legal à Comissão Europeia, poderá significar que a conduta ilícita, a existir, é do Estado Português e não da Administração. Isto porque, independentemente da norma legal ser oponível ou inoponível aos fornecedores de combustíveis, a mesma continua a ser oponível à entidade reguladora competente para aplicar as compensações financeiras.

Importa ter em consideração que a pronúncia realizada pelo TJUE ocorreu em sede de reenvio prejudicial, limitando-se o órgão jurisdicional europeu a interpretar o Direito da União Europeia e não a determinar qual o Direito aplicável. Ao que sempre acresce a circunstância da pronúncia do TJUE se ter debruçado a respeito do Decreto-Lei n.º 117/2010 e não sobre o Decreto-Lei n.º 84/2022.

Nesse sentido, corroborando do entendimento de que a Administração não pode deixar de cumprir a Lei por entender que a mesma é inconstitucional, idêntico entendimento deve ser aplicado quando se analisa a questão à luz da violação do Direito da União Europeia.

Assim, procurando responder à questão colocada, será de entender que a entidade reguladora competente não pode eximir-se de aplicar as compensações financeiras com fundamento na violação do direito da União Europeia, pelo menos, até que venha a ser declarada a sua violação.

Por esse motivo, enquanto não for proferida uma decisão definitiva pelo poder jurisdicional a respeito da problemática em análise, ou realizada uma alteração legislativa que viabilize a aplicação do regime jurídico em apreço, a ENSE – enquanto entidade reguladora competente para o efeito – em bom rigor, encontra-se legalmente vinculada a aplicar as compensações financeiras perante o incumprimento das metas de incorporação.

4. Conclusão

Em suma, as metas de incorporação de combustíveis de baixo teor em carbono para transportes não são oponíveis aos fornecedores de combustíveis, sendo de recomendar ao Estado português que, com a maior brevidade possível, proceda à comunicação do projeto do diploma legal em análise à Comissão Europeia, de forma a poder cumprir as quotas globais impostas pela Diretiva (UE) 2018/2001.

Enquanto assim não suceder, o Estado Português continuará a incumprir os objetivos ambientais impostos pela União Europeia, de nada valendo as metas de incorporação nacionais de introdução de combustíveis em baixo teor em carbono no consumo nacional que os fornecedores de combustíveis se encontram “obrigados” a alcançar, colaborando com o Estado Português no cumprimento da quota imposta pela União Europeia.

Por outro lado, a entidade reguladora competente ver-se-á confrontada com a obrigação legal de aplicar compensações financeiras sempre que identifique uma situação de incumprimento, bem sabendo que o Decreto-Lei n.º 84/2022 não é oponível aos fornecedores de combustíveis.