

Acórdãos STA**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo**

Processo: 02739/17.2BEBRG-A
Data do Acórdão: 06-07-2023
Tribunal: 1 SECÇÃO
Relator: ADRIANO CUNHA
Descritores: COMBUSTÍVEIS
INCORPORAÇÃO
INCUMPRIMENTO
REENVIO PREJUDICIAL
ERRO NOS PRESSUPOSTOS DE DIREITO
FALTA DE BASE LEGAL

Sumário: I - Do Acórdão do TJUE de 9/3/2023, “Vapo Atlantic” (C-604/21), proferido em reenvio prejudicial operado pelo TAF/Braga no processo 860/21.1BEBRG, resulta que o disposto no nº 1 do art. 11º do DL nº 117/2010, de 25/10, nas suas sucessivas versões até à sua revogação pelo DL nº 84/2022, de 9/12, ao determinar as percentagens de incorporação de biocombustíveis a observar pelas “entidades incorporadoras”, constituía uma “regra técnica” (na aceção do art. 1º, ponto 11, da Diretiva 98/34) a qual só seria oponível aos destinatários particulares se o respetivo projeto tivesse sido comunicado à Comissão Europeia, nos termos previstos no art. 8º nº 1 daquela Diretiva (o que não sucedeu). Mais resulta do Acórdão do TJUE que aquela norma nacional não é suscetível de constituir uma mera transposição integral de uma “norma europeia”, não se subsumindo, pois, à exceção prevista naquele art. 8º nº 1 da citada Diretiva, nem é suscetível de integrar uma “cláusula de salvaguarda”.

II - Esta jurisprudência interpretativa do TJUE impõe-se também no âmbito do presente processo, onde se discute questão idêntica, tornando inútil a manutenção do reenvio prejudicial aqui também operado (“Vapo Atlantic II”, C-413/22), em que foram colocadas ao TJUE questões suplementares, pois que, em face daquele seu Acórdão de 9/3/2023, resulta, por si, incontornável a procedência da impugnação contenciosa, aqui em apreciação, da ordem de pagamento fundamentada naquela legislação nacional tida como inoponível aos destinatários particulares (como a aqui Autora/Recorrente), sendo, pois, tal ato impugnado, inválido e contenciosamente anulável por vício de violação de lei por erro nos pressupostos de direito (falta de base legal).

Nº Convencional: JSTA000P31218
Nº do Documento: SA12023070602739/17
Data de Entrada: 16-02-2022
Recorrente: A..., S.A.
Recorrido 1: ENTIDADE NACIONAL PARA O SETOR ENERGÉTICO E.P.E. E OUTROS
Votação: UNANIMIDADE
Aditamento:

 Texto Integral

Texto Integral: Acordam em conferência na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

I – RELATÓRIO

1. “A..., S.A.”, interpôs recurso de revista do Acórdão de 8/10/2021 do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN), a fls. 3678 e segs. SITAF, que concedeu provimento ao recurso interposto pela então “**ENTIDADE NACIONAL PARA O MERCADO DE COMBUSTÍVEIS, EPE**”, atual “**ENTIDADE NACIONAL PARA O SETOR ENERGÉTICO, EPE**”, revogou a sentença proferida, em 27/3/2021 (cfr. fls. 2577 e segs. SITAF) pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga (TAF/Braga) – que, em processo cautelar, e antecipando o juízo da causa principal, nos termos do art. 121º do CPTA, julgara a ação totalmente procedente e anulava a decisão administrativa para pagamento da quantia de 5.702.000,00€, respeitante a compensações por alegado não cumprimento das obrigações de incorporação de biocombustíveis relativas ao ano de 2016 – mantendo, assim, na ordem jurídica o ato impugnado e indeferindo requerido reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

2. **A Recorrente** terminou as suas alegações com as seguintes conclusões (cfr. fls. 4841 e segs. SITAF):

«A. O presente recurso é interposto do douto Acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Norte, que concedeu provimento ao recurso de Apelação interposto pela ré ENSE, revogou a douta sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, mantendo na ordem jurídica o ato administrativo impugnado, e indeferiu o reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, requerido pela ora recorrente.

B. A recorrente intentou, perante o Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, uma ação administrativa com vista à impugnação de um ato administrativo praticado pela Entidade Nacional para o Setor Energético (ENSE), anteriormente denominada “ENMC”, no âmbito do procedimento administrativo nº UB/09/2017, o qual havia determinado a imposição, à recorrente, ao pagamento de compensações no montante de € 5.702.000,00 (cinco milhões setecentos e dois mil euros) pelo alegado incumprimento das obrigações de incorporação de biocombustíveis relativamente ano de 2016.

C. Em 29 de março de 2021, o TAF de Braga proferiu sentença, nos termos da qual a ação administrativa foi julgada totalmente procedente, anulando, consequentemente, o ato administrativo que aplicou as compensações à recorrente, com os fundamentos seguintes:

- . O ato violou a Diretiva nº 2009/28/CE;
- . O ato violou os princípios da Liberdade de Circulação de Mercadorias e da Igualdade de Tratamento entre Estados- Membros;
- . Os critérios de sustentabilidade que determinaram o ato que não foram precedidos por um procedimento de verificação, mediante seleção de entidades verificadoras através de concurso, nos termos do disposto no Decreto-Lei nº 117/2010, de 25 de outubro, e da Portaria nº 8/2012, de 4 de janeiro.
- . Atento o seu estatuto fiscal de “Destinatário Registrado”, a recorrente não se enquadra na noção de “incorporador” prevista no Decreto-Lei 117/2010, pelo que não se lhe aplica o sistema de compensações e regime contraordenacional previsto em tal normativo.
- . O ato violou os princípios da Boa-Fé, da Proteção da Confiança, das Legítimas Expectativas e da Segurança Jurídica;
- . O ato violou os princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade e da Justiça.

D. A ENSE interpôs recurso de Apelação da sentença proferida nos autos, perante o Tribunal Central Administrativo Norte. A ora recorrente, então recorrida, apresentou contra-alegações e ainda um Requerimento de Reenvio Prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia nos termos do artigo 267.º TFUE, atenta a existência de dúvidas, nos autos, quanto à interpretação de normas de direito da União, especialmente no que respeita aos Artigos 17.º e 18.º da Diretiva 2009/28, que se referem aos requisitos de sustentabilidade dos biocombustíveis e à forma de os comprovar, e ainda ao Artigo 34.º do TFUE, relativo à Livre Circulação de Mercadorias.

E. Em 8 de Outubro de 2021, o Tribunal Central Administrativo Norte (TCA Norte) proferiu Acórdão, nos termos do qual concedeu provimento ao recurso da ENSE e revogou a sentença do TAF de Braga, mantendo, assim, na ordem jurídica, o ato impugnado, indeferindo ainda o requerido Reenvio Prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, com os seguintes fundamentos:

- . Erro de julgamento da sentença recorrida quanto à violação da Diretiva 2009/28CE, bem como dos princípios da Livre Circulação dos Produtos Provindos de Estados Membros da União Europeia e da Igualdade de Tratamento Entre Estados Membros;
- . Erro de julgamento da sentença recorrida quanto impossibilidade de aquisição de TdB por parte dos pequenos operadores;
- . Erro de julgamento da sentença recorrida por violação dos artigos 11º, n.º 1, e 13.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 117/2010, de 25 de outubro.
- . Erro de julgamento da sentença recorrida, na interpretação dos mecanismos de cumprimento estabelecidos na portaria 8/2012, de 4 de janeiro.
- . Erro de julgamento da sentença recorrida quanto à violação dos princípios da Boa-Fé, da Proteção da Confiança, das Legítimas Expectativas e da Segurança Jurídicas;
- . Erro de julgamento da sentença recorrida quanto à violação dos princípios da

Proporcionalidade, da Razoabilidade e da Justiça;

F. O Acórdão recorrido rejeitou ainda o Reenvio Prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, com os seguintes fundamentos:

. Falta de pertinência das questões suscitadas pela recorrente em termos de justificarem o reenvio, porque a apreciação da legalidade do ato visado nos autos não convoca a aplicação das normas comunitárias apontadas por esta, mas apenas a interpretação do direito interno, espelhada no regime consagrado no Decreto-Lei n.º 117/2010, de 25 de outubro, e na Portaria 8/2012, de 4 de Janeiro;

. A resposta às questões 4) e 5) do pedido de reenvio estão no n.º 4 do artigo 18º da Diretiva 2009/28;

. A questão 3) do pedido de reenvio parte de um pressuposto não demonstrado nos autos, mais concretamente a impossibilidade de um pequeno operador adquirir TdB, sendo que, no que concerne a esta questão, nunca nos autos foi invocada a questão da interpretação do artigo 34º TFUE;

G. Verificam-se nos autos as condições de admissibilidade do presente recurso perante o Supremo Tribunal Administrativo, previstas no artigo 150.º, n.º 1, do Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos, porquanto está em causa nos autos a apreciação de questões que, pela sua relevância jurídica ou social, se revestem de importância fundamental, sendo igualmente claro que a admissão do presente recurso é necessária para uma melhor aplicação do direito. Por outro lado, emergem dos autos questões que deverão ser submetidas à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, enquadrando-se no mecanismo de reenvio previsto no artigo 267.º, n.º 3, do TFUE, o que por si só, determina a admissão do presente recurso.

H. A questão em causa nos autos consubstancia uma questão com relevância jurídica de importância fundamental, desde logo porquanto convoca a conciliação de duas ordens jurídicas – a nacional e a da União Europeia, acrescendo ainda a circunstância do próprio sistema jurídico que prevê e regula as metas de incorporação de biocombustíveis apresentar elevada complexidade, o que é ainda evidenciado pela interligação das duas referidas ordens jurídicas, e tomando ainda em consideração que, apesar dos critérios de sustentabilidade dos biocombustíveis se encontrarem definidos na Diretiva 2009/28, a definição da forma de verificação do seu cumprimento cabe aos Estados-membros, ainda que vinculados a determinados requisitos mínimos e ao respeito pelos princípios gerais de direito da UE.

I. As metas de incorporação de biocombustíveis visam o prosseguimento de objetivos de natureza ambiental, diretamente relacionados com o problema global das alterações climáticas, pelo que a relevância social deste tema é de importância fundamental.

J. Verifica-se, também, uma clara necessidade do recurso para uma “melhor aplicação do direito”, decorrente da existência de vários processos intentados, não só pela ora recorrente, como também por vários outros operadores do setor dos combustíveis, os quais possuem o mesmo objeto, ou seja, a impugnação de atos administrativos praticados pela recorrida ENSE, consubstanciados na aplicação de compensações decorrentes do alegado não cumprimento das metas de incorporação de biocombustíveis. Tomando em consideração este contexto, a aceitação do presente recurso pelo Supremo Tribunal Administrativo reveste-se da maior importância, para garantia da melhor aplicação do direito, além da harmonização dos critérios de decisão a serem considerados pelos tribunais de instâncias inferiores.

k. A necessidade de admissão do presente recurso decorre também das questões, existentes nos autos, que deverão ser submetidas à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, através do mecanismo de reenvio previsto no artigo 267.º, n.º 3, do TFUE, atento o princípio da Cooperação Leal, espelhado no artigo 19.º, n.º 1, 2ª parágrafo, TUE, e do princípio do Efeito Útil, nos termos do qual a recusa da obrigação do reenvio prejudicial fundamentada na inadmissibilidade do recurso retiraria qualquer efeito útil a essa obrigação, constituindo, assim, um obstáculo ao objetivo de assegurar a interpretação uniforme do direito da União Europeia.

L. Existem dúvidas nos autos quanto à interpretação de normas de direito da União Europeia, especialmente no que respeita aos Artigos 17.º e 18.º da Diretiva 2009/28, que se referem aos requisitos de sustentabilidade dos biocombustíveis e à forma de os comprovar, estando ainda em causa o Artigo 34.º do TFUE, relativo à livre circulação de mercadorias.

M. O TCA Norte rejeitou o pedido de reenvio prejudicial, porquanto concluiu que se encontrava verificada, antes de mais, a exceção a essa necessidade, em virtude da falta de relevância das questões propostas pela recorrente, adotando o entendimento de que as mesmas não poderiam ter influência na solução do litígio em causa, entendendo, pelo contrário, que a apreciação da legalidade do ato visado nos autos não convoca a aplicação das normas comunitárias apontadas pela Recorrente, apenas pressupondo a interpretação e aplicação de normas de direito interno, nomeadamente o regime consagrado no D.L. nº 117/2010, de 25 de Outubro e a Portaria 8/2012, de 4 de Janeiro.

N. Todavia, o próprio TCA admite, no mesmo acórdão, que as disposições relevantes da Portaria 8/2012 resultam da transposição do artigo 18.º da Diretiva 2009/28 CE, pelo que o

argumento da falta de pertinência invocado para a rejeição do pedido de reenvio não poderá proceder, sendo manifesto que a existência de dúvidas sobre a interpretação de uma disposição nacional que transponha uma diretiva reclama a intervenção do TJUE, sob pena de se colocar em causa a interpretação uniforme do direito da UE nos diversos Estados-membros, tomando ainda em consideração que as diretivas constituem atos vinculativos de direito da União.

O. O TCA fundamentou, também, a rejeição do reenvio, na circunstância da recorrente não ter suscitado explicitamente nos autos a interpretação do artigo 34º, TFUE, contudo a recorrente suscitou nos autos:

. A questão da incompatibilidade do sistema de metas de incorporação com o princípio da Livre Circulação de Mercadorias – artigo 49º da petição inicial;

. A impossibilidade de aquisição de TdB no mercado, atenta a sua escassez – artigos 9º a 12º da petição inicial;

. A violação do princípio da proporcionalidade, decorrente do elevado valor atribuído às compensações aplicadas – artigos 123º e ss. da petição inicial;

. Quanto à possibilidade de mistura e de venda em estado puro de biocombustíveis, por parte de um operador como a recorrente, também o parecer do Senhor Professor Sérgio Vasques, junto à petição inicial, concluiu pela violação do princípio da livre circulação de mercadorias - artigo 56.º da petição inicial.

P. O próprio Acórdão do TCA também evidencia, na página 42, que “a sentença recorrida anulou o referido ato por violação da Diretiva nº 2009/28/CE, por violação do princípio da livre circulação de produtos providos de Estados Membros da União Europeia, bem como por violação do princípio da igualdade de tratamento entre Estados Membros”.

Q. A interpretação defendida no Acórdão recorrido conduz no sentido de que a recorrente estaria obrigada a invocar, expressamente, nos autos, a existência de dúvidas na interpretação do artigo 34º, TFUE, sendo que tal interpretação constitui uma violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

R. Na própria perspetiva do TJUE, não é exigível que a parte suscite a questão da interpretação da norma de direito da UE em causa, pelo que, tendo a recorrente invocado nos autos a invalidade do ato da ENSE por violação do princípio da livre circulação de mercadorias, está automaticamente em causa a interpretação dessa norma, nos termos do artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea a), TFUE.

S. Existe uma obrigação, por parte dos tribunais nacionais, em suscitar questões de direito da União Europeia, independentemente das partes terem, ou não, suscitado as mesmas, e tal obrigação decorre do princípio da Cooperação Leal, muito embora se circunscreva a disposições de direito da União Europeia que tenham efeito direto, que é, precisamente, o caso do artigo 34º, TFUE.

T. Compete aos tribunais nacionais a garantia da proteção jurídica dos particulares, decorrente do efeito direto das disposições do direito da União Europeia, sendo que tal circunstância se evidencia ainda mais no caso do direto processual administrativo português, no âmbito do qual o tribunal pode conhecer oficiosamente de fundamentos, conforme resulta do disposto no artigo 95.º, n.º 3, do CPTA, inclusive fundamentos baseados no direito da União Europeia, atendendo ao princípio da Equivalência.

U. A recorrente impugnou o ato administrativo da ENSE, porquanto o mesmo enferma de invalidade, invalidade esta que também decorre do facto de se fundamentar em normativos nacionais contrários ao direito da União Europeia, designadamente os artigos 11.º (obrigação de incorporação) 13.º, n.º 4 (transação de TdB), 19.º-A (leilões de TdB) e 24.º (compensações) do Decreto-Lei n.º 117/2010, na interpretação e aplicação prática que lhes é dada pela ENSE, são contrários ao princípio da livre circulação de mercadorias (artigo 34.º) e não são passíveis de ser justificados, à luz do artigo 36.º TFUE.

V. Tomando em consideração o supra exposto, o reenvio da questão prejudicial não poderá ser recusado, com o recurso ao fundamento de que a recorrente não invocou uma causa de invalidade de ato administrativo baseada no direito da UE, uma vez que a possibilidade de conhecer oficiosamente de causas de invalidade de direito interno se encontrar prevista na legislação processual portuguesa.

W. O douto Acórdão recorrido interpretou incorretamente a diretiva 2009/28/CE, ao considerar que esta não é violada pelo decreto-lei 117/2010, de 25 de outubro, nem pela Portaria 8/2012, de 4 de abril.

X. A Portaria 8/2012 dispõe no n.º 5 do artigo 8.º, que, no caso de ausência de declaração emitida pela entidade nacional ou no âmbito de um regime voluntário, os operadores económicos ainda têm a possibilidade de fornecer à entidade competente dados completos verificados, nos termos do n.º 5 do artigo 8.º da Portaria 8/2012, devendo, neste caso, devem lançar mão do procedimento do artigo 10.º da mesma Portaria, que determina que o operador económico deve remeter à ECS, anualmente, um relatório de verificação dos critérios de sustentabilidade, o qual deve ter por base as verificações independentes efetuadas por entidade verificadora.

Y. Para cumprimento destas regras, os operadores são obrigados a contratar uma entidade verificadora independente que cumpra os requisitos constantes da mesma Portaria, nomeadamente, a acreditação no Instituto Português de Acreditação (“IPAC”).

Z. Até hoje, nunca não foi acreditada qualquer entidade verificadora, contudo, o n.º 3 do artigo 18.º da Diretiva 2009/28 é claro no sentido de que os Estados-membros devem exigir que os operadores económicos prevejam padrões adequados de auditoria independente das informações fornecidas e apresentem prova da realização das auditorias, a fim de comprovar o cumprimento dos critérios de sustentabilidade do biocombustível.

AA. quanto à forma de dar cumprimento ao disposto no artigo 18.º da Diretiva, nos termos do qual os Estados-membros devem assegurar que os operadores económicos fornecem informações fiáveis e preveem auditorias independentes das referidas informações, resulta da Comunicação da Comissão sobre os regimes voluntários e os valores por defeito que, “quando os operadores económicos recorrem a um regime voluntário ou a um acordo bilateral/multilateral reconhecido pela Comissão para demonstrar o cumprimento dos critérios de sustentabilidade, tal recurso já se encontra previsto no reconhecimento”. Já “quando os operadores económicos adotam um procedimento previsto na legislação nacional, os Estados-Membros são convidados a basear-se nos requisitos relativos ao padrão adequado de auditoria independente e ao sistema do balanço de massas a que se refere o ponto 2.2 da Comunicação sobre os regimes voluntários e aos valores por defeito”.

BB. Em suma, compete aos Estados-membros assegurar que os sistemas nacionais a estabelecer cumprem os requisitos de auditoria independente previstos para o reconhecimento de regimes voluntários, o que, manifestamente, não é o caso do sistema nacional português.

CC. O Acórdão recorrido concluiu que, pelo facto dos combustíveis importados pela recorrente não virem acompanhados da certificação prevista no n.º 4 do artigo 18º da Diretiva 2009/28/CE, não se verifica a violação desta diretiva, nem do princípio da Livre Circulação, no entanto, tal conclusão deriva de um erro de julgamento do TCA Norte, decorrente da incorreta interpretação dos normativos em causa.

DD. Com efeito, tal interpretação parece ignorar que se encontra prevista, no n.º 3 do artigo 18.º da Diretiva 2009/28, uma obrigação dos Estados Membros – no caso, o Estado Português – a assegurar que os sistemas nacionais a estabelecer cumprem os requisitos de auditoria independente previstos para o reconhecimento de regimes voluntários, sendo que a mesma não consiste uma mera opção do Estado Membro, que poderia ser desconsiderada face à existência de regimes voluntários reconhecidos pela Comissão Europeia.

EE. Na medida em que a auditoria é um requisito essencial à verificação, um operador económico não pode realizar esta prova na ausência de entidade verificadora acreditada pelo IPAC, e tal consideração releva para a verificação da compatibilidade do regime português com o princípio da Livre Circulação de Mercadorias.

FF. Existe uma incompatibilidade manifesta do sistema português de verificação com as exigências decorrentes da Diretiva 2009/28, ainda que considerando a margem de apreciação de que os Estados Membros dispõem nesta matéria. Ou seja, para efeitos da legislação portuguesa, a ausência de prova dos critérios de sustentabilidade implica, não apenas que o biocombustível em causa não pode ser contabilizado para efeitos dos objetivos estabelecidos pela Diretiva 2009/28 (tal como decorre do artigo 17.º, n.º 1, da referida Diretiva), mas também o incumprimento das metas de incorporação por parte do operador económico, gerando a consequente obrigação de pagamento de compensações. GG. Se as formas de dar cumprimento aos objetivos fixados pela Diretiva 2009/28 não foram alvo de harmonização exaustiva, também as consequências da inobservância dessas mesmas formas de cumprimento escaparam à harmonização levada a cabo pela Diretiva 2009/28. Em suma, nem as metas de incorporação de biocombustíveis nos combustíveis fósseis dirigidas aos operadores económicos nem o regime de compensações em caso de incumprimento dessas metas resultam de uma imposição do legislador da União.

HH. Resulta de jurisprudência constante do TJUE que a compatibilidade de uma medida nacional em matéria que é objeto de harmonização exaustiva deve ser analisada à luz da diretiva que harmonizou a matéria e não de acordo com as normas do Tratado em matéria de livre circulação. Pelo contrário, tratando-se de matéria que não foi alvo de harmonização exaustiva, a medida em causa deve ser analisada à luz das regras do Tratado em matéria de liberdades fundamentais, in casu, a livre circulação de mercadorias.

II. Neste contexto, a legislação portuguesa e a prática administrativa não se conformam com as exigências decorrentes do princípio da livre circulação de mercadorias, porquanto:

- . Impossibilitam operadores não detentores do estatuto fiscal de Entrepósito Fiscal de proceder à mistura de biocombustíveis nos combustíveis fósseis e à venda de biocombustíveis em estado puro;

- . Tornam inexequível a compra de TdB; e

- . Exigem valores exorbitantes para as compensações.

JJ. Verifica-se, no caso dos autos, os pressupostos que determinam uma desconformidade das disposições nacionais ou da prática administrativa nacional à luz do princípio da livre circulação de mercadorias, designadamente:

a) Verificação de uma situação transfronteiriça, porquanto a recorrente importa combustível de Espanha, pelo que tal pressuposto encontra-se verificado;

b) Verificação de um entrave à livre circulação, porquanto, ao limitar a venda de biocombustíveis em estado puro “a entidades que produzam biocombustíveis em território nacional em entreposto fiscal de transformação” o n.º 6 do artigo 96.º do CIEC constitui uma medida diretamente discriminatória, o que decorre da simples análise da disposição em causa, sendo certo que tal entrave se encontra, até, demonstrado na prática, porquanto a importação de biocombustíveis para serem introduzidos no consumo em Portugal tem efetivamente uma expressão muito reduzida.

c) Inexistência de Justificação do entrave por razões de interesse geral enunciadas no artigo 36.º TFUE ou por outras exigências imperativas, porquanto o sistema aplicado é claramente desproporcional relativamente às metas de incorporação e valor das compensações, resultando também da jurisprudência do TJUE que um sistema nacional que, além de não dispor de mecanismos de mercado que permitam aos operadores cumprir a sua obrigação [de obtenção de certificados verdes] em condições efetivas e equitativas, preveja penalizações elevadas poderá ser considerado excessivo e, por isso, desproporcionado. No que concerne à proibição de mistura e à proibição de comercialização de biocombustíveis em estado puro, trata-se de uma medida manifestamente discriminatória, porquanto se aplica de maneira diferenciada à produção nacional e aos produtos importados, e deve ser sujeito a um teste de proporcionalidade “reforçado”.

KK. Nem sequer se verificam razões de interesse geral que pudessem justificar uma tal discriminação, designadamente Motivos relacionados com a segurança das instalações, já devidamente regulados pelo artigo 99.º do CIEC, Interesses relacionados com a rastreabilidade e a luta contra a fraude, já devidamente regulados pelos artigos 28.º, n.º 3, e 29.º do CIEC.

LL. Demonstra-se, claramente, a existência de uma restrição desproporcionada ao princípio da livre circulação de mercadorias, pelo que, ao contrário do entendimento perfilhado erroneamente no Acórdão recorrido, não ocorreu erro de julgamento do TAF de Braga, ao determinar, na sentença proferida, que o ato administrativo praticado pela ENMC violou a Diretiva 2009/28/CE, por violação do princípio da Livre Circulação de Produtos Provindos de Estados Membros da União Europeia.

MM. A sentença proferida em primeira instância invocou, como fundamento de anulação do ato impugnado, que se verifica, no caso em apreciação nos autos, uma impossibilidade objetiva, por parte dos pequenos operadores, em adquirirem TdB, em virtude da inviabilidade do recurso a leilões, a qual foi admitida pela própria ENSE, sendo que, para a fundamentação desta decisão, concorreu a matéria considerada provada em 2), nos termos da qual a própria ENMC admitiu, não só a “existência de diversas dificuldades na aquisição de Títulos de Biocombustível”, como também que o recurso ao leilão era “inviável.”

NN. No Acórdão recorrido, o TCA Norte procedeu, ao abrigo do artigo 662º do CPC, ao aditamento dos factos melhor identificados nos respetivos itens 27) e 28) do probatório (página 40), dos quais concluiu que, embora resultassem notórias as dificuldades dos pequenos operadores na aquisição de TdB, os autos não permitem concluir pela impossibilidade objetiva para tal, acolhendo a perspetiva da ENSE em detrimento daquela defendida pela recorrente, sem o confronto probatório entre a matéria considerada provada no item 2), e as matérias consideradas provadas nos itens 27) e 28).

OO. Caso o Acórdão recorrido sufragasse o entendimento segundo o qual a impossibilidade objetiva de aquisição de TdB não se tratava de factualidade provada, mas sim de matéria controvertida, deveria ter ordenado a baixa dos autos ao tribunal de primeira instância, a fim de, em sede de audiência de julgamento, se proceder à produção de prova para uma ponderação correta desta factualidade, sendo que tal seria sempre imprescindível, tomando ainda, para este efeito, em consideração que, na realidade, o mecanismo de compra direta de TdB a Pequenos Produtores Dedicados nunca funcionou na prática até à presente data (2021), devido à escassez de matéria-prima no mercado, e nunca consistiu num mecanismo alternativo viável para o cumprimento das metas de sustentabilidade, como é do integral conhecimento da ENSE.

PP. Assim, também nesta matéria andou mal a decisão recorrida, ao desvalorizar totalmente a matéria de facto fixada no item 2) do probatório, em benefício daquela fixada nos itens 27) e 28), sem efetuar um exercício de ponderação.

QQ. Ocorreu também erro de julgamento na decisão recorrida em relação a esta matéria, na interpretação que o Tribunal a quo fez das, provadas, “diversas dificuldades na aquisição de Títulos de Biocombustível”, assim como na inviabilidade do recurso ao leilão, porquanto, ainda que tais dificuldades, ainda que não fossem equivalentes a uma “impossibilidade objetiva”, nunca deixariam de relevar como fundamento para a anulação do ato administrativo em causa nos autos.

RR. Ainda que se entenda que não existe, in casu, uma impossibilidade objetiva, a verdade é que a existência de dificuldades diversas para a aquisição dos TdB concorre diretamente para a desproporcionalidade do regime nacional que rege esta matéria, concorrendo ainda

para a conclusão de que estamos perante um entrave à livre circulação de mercadorias proibido pelo artigo 34.º TFUE, que não se encontra justificado pelo artigo 36.º TFUE ou em virtude de outras exigências imperativas reconhecidas pela jurisprudência do TJUE, dado o seu carácter manifestamente desproporcionado, conforme supra exposto.

SS. O Acórdão recorrido concluiu, igualmente, pela ocorrência de erro de julgamento na sentença proferida pelo TAF de Braga, ao considerar que se verificava, in casu, uma violação dos princípios da Boa-Fé, da Proteção da Confiança, das Legítimas Expectativas e da Segurança Jurídicas, pela circunstância da ENSE ter negado, à recorrente, o recurso ao mecanismo de emissão de TdB através do procedimento da mistura de biocombustíveis com combustíveis fósseis, alterando consecutivamente a sua posição nesta matéria, fundamentando que tal erro decorre do facto da operação de mistura levada a cabo pela recorrente ter ocorrido somente em 2017, não podendo, por isso, ser tomada em consideração para aferir do cumprimento das metas impostas para o ano de 2016.

TT. A fundamentação do TCA Norte decorreu de uma errada ponderação da matéria considerada provada nos autos, determinando um consequente erro de julgamento, tomando em consideração que, no item 3) do probatório, foi dado como provado que, já em setembro de 2015, a recorrente tinha solicitado à ENSE (ENMC) autorização para iniciar um procedimento que visasse o cumprimento dos critérios de sustentabilidade através da operação de mistura ao abrigo do artigo 96º do CIEC, tendo sido também, no item 4), dado como provado que, a recorrida negou à recorrente essa possibilidade, alegando para o efeito que tal operação, ao abrigo do artigo 96º do CIEC, não seria qualificada como produção de PPD.

UU. Por esta via, encontra-se demonstrado nos autos que, desde 2015, a recorrente tentou, junto da ENMC, cumprir os critérios de sustentabilidade, mediante um procedimento legalmente previsto, que lhe foi, desde essa data, negado por esta, pelo que, caso tal possibilidade tivesse sido admitida pela ENMC, logo em 2015, a recorrente poderia ter cumprido, cabalmente, as metas de sustentabilidade relativas ao ano de 2016, que estão em causa nestes autos, o que só não sucedeu perante a atuação daquela.

VV. Assim, o Acórdão recorrido desconsiderou erroneamente o facto desta operação de mistura ter sido solicitada pela recorrente desde 2015, sendo certo que uma apreciação correta dos factos dados como provados impunha uma decisão diversa, designadamente, que o ato da recorrida violou, de facto, os princípios da Boa-Fé, da Proteção da Confiança, das Legítimas Expectativas e da Segurança Jurídicas.

WW. Um outro argumento tomado em linha de conta na decisão recorrida nesta matéria, refere que, quer a informação vinculativa, que a ficha doutrinária da Autoridade Tributária e Aduaneira, tiveram como pano de fundo o regime instituído pelo decreto-lei n.º 152-C/2017, que revogou o decreto-lei n.º 62/2006, de 21 de março, sendo que, até janeiro de 2018, se manteve o regime consagrado neste último diploma.

XX. Contudo, conforme espelhou, e bem, a sentença proferida pelo TAF de Braga, a articulação do artigo 6º, n.º 1, do decreto-lei n.º 62/2006, de 21 de março com o artigo 96º do CIEC obriga a concluir que a mistura de biocombustível com produtos petrolíferos já introduzidos no consumo pode ser realizada por destinatários registados fora de entreposto fiscal, e ainda que a interpretação segundo a qual o artigo 6º, n.º 1, do decreto-lei n.º 62/2006, de 21 de março impõe a derrogação do artigo 96º do CIEC é claramente inconstitucional, verificando-se a inconstitucionalidade orgânica daquela disposição, porquanto o decreto-lei n.º 62/2006, de 21 de março foi aprovado pelo Governo sem prévia lei de autorização parlamentar.

YY. A ENMC foi devidamente informada pela recorrente desta posição em junho de 2017 em comunicação na qual a recorrente disponibilizou, inclusive, cópia do parecer elaborado pelo Senhor Professor Sérgio Vasques, junto os autos, e, não obstante, manteve a sua posição de recusa na aprovação da operação de mistura proposta, conforme consta, aliás, do doc. ...2 junto com a petição inicial.

ZZ. Neste contexto, o Acórdão recorrido decidiu erroneamente, ao considerar que a sentença do TAF de Braga incorreu em erro de julgamento nesta matéria, porquanto, considerando a posição adotada pela recorrente perante a ENMC desde 2015, é impossível extrair outra conclusão que não seja aquela segundo a qual a recorrida lhe negou, infundadamente, a possibilidade de cumprimento dos critérios de sustentabilidade.

AAA. A recorrida violou, assim, os princípios da Boa-Fé, da Proteção da Confiança, das Legítimas Expectativas e da Segurança Jurídicas.

BBB. O estatuído no artigo 266º, n.º 2, da CRP, proíbe soluções legislativas que cominem sanções desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas.

CCC. As compensações aplicadas à recorrente por via do ato administrativo em apreço resultam formalmente da aplicação, ao caso concreto, da previsão constante dos artigos 24º do decreto – lei 117/2010, de 25 de Outubro, e da portaria nº 301/2012, de 2 de Dezembro, que definem o valor das compensações resultantes do não cumprimento das metas de incorporação.

DDD. A referida legislação atribui a cada TdB, para efeitos de compensação, o valor de 2.000,00 euros (dois mil euros), quando o respetivo valor de mercado, conforme resulta provado dos autos, ronda valores compreendidos entre 300,00 euros (trezentos euros) e

400,00 euros (quatrocentos euros), sendo que tal valor de mercado resulta ainda de atores especulativos, resultante da escassez de TdBs, o que contribui para o seu aumento exponencial.

EEE. Assim, tais sanções são manifestamente excessivas e inadequadas, constituindo uma violação flagrante do princípio da proporcionalidade, plasmado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, tomando em consideração que a discrepância entre os reais valores dos TdBs, e os montantes atribuídos às compensações, implica que estas não revistam, na verdade, o carácter de “compensações”, mas sim de sanções pecuniárias flagrantemente excessivas e despojadas de qualquer justificação de facto e de Direito.

FFF. A aplicação de compensações à recorrente não visam compensações por um dano ambiental, ao contrário do que decorre do Acórdão recorrido, porquanto não está em causa nos autos a inexistência de biocombustíveis nos combustíveis importados pela recorrente, mas sim a não aceitação, pela ENMC, da certificação que é feita por Espanha em relação aos mesmos.

GGG. Concluiu bem a sentença proferida pelo TAF de Braga, no que respeita a esta matéria, não merecendo, assim, qualquer censura, uma vez que, face ao exposto, o artigo 24º do decreto-lei n.º 117/2010, de 25 de outubro, na redação em vigor à data dos factos, e a portaria n.º 301/2012, de 2 de dezembro, violam o princípio da proporcionalidade, plasmado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, na medida em que impõem compensações de valor manifestamente discrepantes com os valores reais dos TdB, e por tal excessivas e despojadas de qualquer justificação de facto ou de Direito. HHH. Ao considerar que tal princípio não foi violado, o Tribunal a quo incorreu em erro de julgamento.

Nestes termos, nos melhores de direito, e com o sempre mui douto suprimento de V. Exas., sopesadas as conclusões acabadas de exarar, deverá:

- A) Ser o presente recurso aceite, atento o preenchimento das condições de admissibilidade do recurso de revista perante o Supremo Tribunal Administrativo, nos termos do artigo 150.º, n.º 1, do CPTA;
- B) Ser determinado o Reenvio Prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia nos termos do artigo 267.º TFUE, atenta a existência de dúvidas, nos autos, quanto à interpretação de normas de direito da União, especialmente no que respeita aos Artigos 17.º e 18.º da Diretiva 2009/28, que se referem aos requisitos de sustentabilidade dos biocombustíveis e à forma de os comprovar, e ainda ao Artigo 34.º do TFUE, relativo à Livre Circulação de Mercadorias, requerendo-se para esse efeito, o reenvio das questões formuladas no requerimento que se segue;
- C) Ser dado provimento ao presente recurso e, por via disso, ordenada a anulação do Acórdão recorrido, por se verificarem os respetivos pressupostos de anulação. Com o que, modestamente se entende, V. Exas. farão inteira e sã JUSTIÇA».

3. A Recorrida “ENSE” apresentou contra-alegações, que terminou com as seguintes conclusões (cfr. fls. 5519 e segs. SITAF):

«1ª O presente recurso de revista não tem por preenchido o pressuposto da relevância jurídica, porquanto a decisão de direito relevante nos presentes autos está intrinsecamente associada às circunstâncias factuais específicas do caso, como é exemplo disso a apresentação da certificação do biocombustível legalmente exigida e o teor das comunicações mantidas entre a ENSE e a Recorrente, em 2017, e que entende esta última configurar uma violação do princípio da proteção da confiança não se verificando, por conseguinte, o extravasar do caso concreto, entendido como a probabilidade de repetição do cenário no futuro, ao qual é reconduzido o pressuposto em causa.

2ª Para além do mais, outras alterações circunstanciais, associadas ao decurso do tempo, retiram igualmente a possibilidade de repetição do tema no futuro como é o caso da alteração do artigo 24º do DL nº 117/2010, de 25 de outubro, que significa que o valor da compensação, que é de 2. 000,00€, já não é o mesmo e que, por conseguinte, a discussão relativa à respetiva proporcionalidade não voltará a ocorrer, ou o facto de, entretanto, terem sido acreditadas diversas entidades verificadoras, em termos que, e apesar da irrelevância jurídica da ausência de entidades, no âmbito nacional, para a legalidade do procedimento, tornam o tema da relevância da omissão insuscetível de repetição no futuro.

3ª De igual forma, o recurso interposto não assume qualquer relevância social, porquanto o tema que importa ter em consideração na apreciação é o correspondente ao interesse motivador do recurso, i.e., o interesse da Recorrente. Ora, o interesse da Recorrente não tem relevância ambiental mas sim económica, porquanto diz respeito às alegadas dificuldades sentidas pelos incorporadores de biocombustível em obter TdB e em, por conseguinte, exercer regularmente a sua atividade, sem ter de assumir o pagamento de quantias que descreve como avultadas, a título de compensação pela não obtenção de TdB. Sendo que, face aos exatos termos da questão, circunscreve-se a mesma ao universo específico dos incorporadores de biocombustível, sem qualquer impacto relevante

na sociedade.

4ª A Recorrente não invoca qualquer erro manifesto na apreciação do direito que imponha a intervenção deste Colendo Tribunal, antes argumentando que a essencialidade do recurso de revista reside no facto de ser necessária à colocação de perguntas sobre a interpretação de normas de direito da UE ao TJUE. Acontece que, a necessidade de uma melhor aplicação do direito constitui um pressuposto da relevância do recurso de revista e não do reenvio prejudicial, constituindo a redução deste recurso a um mero veículo para o reenvio prejudicial uma confissão da falta de assimilação da respetiva relevância.

5ª Pelo que, o requerimento de interposição do recurso de revista deverá ser indeferido, porque inadmissível, em razão do não preenchimento dos pressupostos previstos no artigo 150º do CPTA.

6ª A Recorrente não apresentou certificação do biocombustível introduzido no mercado português ao longo do ano de 2016, por entidade certificadora reconhecida pela Comissão Europeia, correspondendo os documentos juntos aos autos a certificados de entrega e não a certificações do biocombustível e não sendo a ... uma entidade certificadora reconhecida pela Comissão Europeia. Pelo que, andou bem o Tribunal a quo ao concluir pela legalidade da recusa em emitir os TdB correspondentes ao ano de 2016.

7ª O facto de não existirem entidades acreditadas pelo IPAC para efeito das verificações independentes referidas no artigo 10º, nº 10 da Portaria nº 8/2012, de 4 de janeiro, no ano de 2016, não afeta de forma alguma a legalidade do procedimento e, por conseguinte, do ato impugnado, uma vez que resulta igualmente do referido preceito que as certificações por entidades reconhecidas pela Comissão Europeia constituem uma alternativa admissível sendo que essas entidades existiam e as certificações estavam, por conseguinte, ao alcance da Recorrente. Pelo que, andou bem o TCA Norte na apreciação feita.

8ª A Recorrente vem invocar a incompatibilidade do regime jurídico relativo aos critérios de sustentabilidade com o direito da União Europeia pela primeira vez em sede de recurso. Os recursos jurisdicionais têm como propósito submeter à apreciação do tribunal superior os erros de julgamento, omissões ou excessos de pronúncia de que a decisão recorrida padeça o que, naturalmente, não se compadece com o suscitar de novas questões que, logicamente, nunca foram objeto da apreciação devida pelo Tribunal a quo. Por essa razão, o conhecimento de novas questões, em sede de recurso, resulta processualmente inadmissível.

9ª A imposição da certificação do biocombustível e a não acreditação de entidades verificadoras pelo IPAC não revelam qualquer violação do artigo 18º, nº 3 e 4 da Diretiva 28/2009/CE, uma vez que no preceito em causa é apenas referida a admissibilidade de os Estados membros imporem aos operadores económicos a necessidade de proceder a auditorias independentes e à apresentação de dados precisos que demonstrem o cumprimento dos critérios de sustentabilidade definidos na Diretiva, i.e., dali não resulta qualquer efeito incompatível com o regime jurídico português.

10ª De igual forma, o regime jurídico associado aos critérios de sustentabilidade, desde a definição de metas de incorporação, a previsão da certificação do biocombustível, as alegadas dificuldades na aquisição de TdB no mercado e a pretensa desproporcionalidade da compensação aplicável à data não contende de forma alguma com o princípio comunitário da livre circulação de mercadorias, porquanto dali não resulta qualquer restrição à importação do combustível, sendo certo que as medidas referidas aplicam-se a qualquer incorporador de combustível no mercado português o que inclui tanto os importadores como os produtores.

11ª O TCA Norte aditou os factos 27) e 28) ao abrigo do disposto no artigo 662º, nº 2 do CPC, limitando-se a transcrever o teor de documentos já juntos aos autos. Acresce que, não cabe recurso da decisão de facto para este Colendo Tribunal, nos termos do disposto no artigo 662º, nº 4 do CPC.

12ª A ENSE nunca admitiu qualquer impossibilidade objetiva de aquisição de TdB, referindo apenas as naturais dificuldades que os pequenos operadores sentirão num contexto de leilão, cuja estrutura concorrencial e lógica assente na adjudicação do preço mais alto implica que os operadores com maior poder económico tenham mais capacidade para apresentar propostas mais altas e assim adquirir os TdB. A Recorrente assume inclusivamente, no âmbito do ponto 95 das Alegações de revista que não podemos falar numa impossibilidade objetiva de aquisição mas apenas nas dificuldades sentidas no mercado. Pelo que, afigura-se correta a apreciação feita pelo Tribunal a quo.

13ª As comunicações dirigidas à Recorrente tiveram, inclusivamente, como propósito dar a conhecer a promoção de métodos alternativos ao leilão para a compra e venda de TdB em excesso, não tendo a Recorrente demonstrado que diligenciou por aproveitar essa opção o que apenas reforça a já explicada insusceptibilidade de concluir por uma impossibilidade objetiva.

14ª Todavia, a questão que torna até injustificada a discussão relativa à impossibilidade objetiva de aquisição de TdB reside no facto de a obtenção de TdB exigir apenas a apresentação da certificação do biocombustível, pelo que a alegada impossibilidade objetiva de adquirir TdB nunca se confundiria com a impossibilidade objetiva em obter TdB

e, dessa forma, nunca implicaria a ilegalidade do ato impugnado.

15ª Acima de tudo, repare-se que a escassez de TdB no mercado, i.e., para efeito de aquisição, constitui uma decorrência natural e expectável do modo de funcionamento da apresentação de TdB. E isto porque, apenas estarão disponíveis para venda os TdB detidos por produtores que incorporem mais biocombustível do que a percentagem a que estão obrigados e, por conseguinte, não precisem dos TdB para fazer prova do cumprimento das suas obrigações, optando por os vender. A aquisição desses TdB admite-se pelo facto de o biocombustível incorporado em excesso pelo vendedor compensar aquele que o adquirente não tenha incorporado. Todavia, essa disponibilidade de TdB depende em absoluto da circunstância casuística de os produtores incorporarem mais biocombustível do que tinham de incorporar.

16ª A ENSE não tem, naturalmente, de assegurar tal facto, uma vez que não tem como o fazer, face à lógica vinda de explicar e até porque a mera aceitação da possibilidade de aquisição já constitui uma medida suficientemente facilitadora.

17ª O princípio da proporcionalidade obriga a que as medidas que impliquem um sacrifício de uma parte sejam adequadas, necessárias e proporcionais à finalidade que visam alcançar. As compensações previstas no artigo 24º do DL n.º 117/200, de 25 de outubro, funcionam como uma solução a aplicar a um cenário em que os incorporadores introduzam combustível no mercado sem cumprimento, ou falta de prova do cumprimento, das metas de incorporação definidas, produzindo danos no ambiente e auferindo uma vantagem económica ilícita sobre os restantes incorporadores que cumpram as obrigações de incorporação e incorram nos custos inerentes à mesma, que se encontram entre os 2 a 4% do preço final do combustível.

18ª Contudo, e porque essa solução nunca será a ideal, uma vez que o incumprimento das metas de incorporação, que constituem as medidas adequadas a proteger o ambiente, permanecem por incumprir, o valor da compensação terá de ser sempre suficientemente alto ao ponto de assegurar que não se torna preferível proceder ao pagamento do que cumprir as normas ambientais.

19ª Desta forma, o pagamento de uma compensação de 2.000,00€ afigura-se adequado ao alcance da finalidade vinda de descrever, i.e., proporcionar uma solução perante um cenário de não incorporação do biocombustível devido que, ainda assim, represente um encargo financeiro que torne apetecível cumprir as metas de incorporação. É igualmente necessária uma vez que o barómetro dos valores adequados não é simples e linear e obriga à consideração de um intervalo de preços considerado razoável. Sendo, dessa forma, também proporcional em sentido estrito porquanto o esforço financeiro que representa não assume uma dimensão relevante ao ponto de impedir o exercício da atividade nem muito menos se considera mais gravosa do que os prejuízos ambientais que visa evitar.

20ª Para além do mais, importa ainda notar que a ENSE se encontrava vinculada à ordem de pagamento da compensação no valor de 2.000,00€, uma vez que é esse o efeito automático da não apresentação de TdB, nos termos do disposto no artigo 24.º do DL n.º 117/2010, de 25 de outubro, não tendo o legislador conferido qualquer margem de discricionariedade à ENSE. Pelo que, também a este respeito o TCA Norte decidiu corretamente.

21ª A Recorrente invocou a violação do princípio da boa fé, pela ENSE, a propósito das comunicações mantidas com a Recorrente em 2017, a respeito da possibilidade de proceder à mistura física de biocombustível para efeito da emissão de TdB. Tendo a Recorrente assente a sua argumentação no facto de a ENSE ter alterado a sua posição quanto à admissibilidade da mistura, nenhuma lógica se apresenta para que afirme, agora, que incluía o ocorrido desde 2015 na alegação de violação do princípio da boa fé, visto que nesses anos as comunicações mantidas foram traduzidas numa informação clara quanto à inadmissibilidade da emissão de TdB com base na mistura física feita por entidades que não têm o enquadramento fiscal exigido. Pelo que, no limite, poderia a Recorrente discordar da posição assumida pela ENSE, quanto ao respetivo teor, mas daí não resulta qualquer indício de violação do princípio da boa fé.

22ª Tendo em consideração que as comunicações havidas em 2017 diziam respeito à mistura física realizada após julho de 2017, é evidente que os TdB correspondiam aos do ano de 2017 e nunca aos do ano de 2016 que, por sua vez, fazem prova da incorporação de biocombustível introduzido no mercado em 2016. Traduzindo o ato impugnado uma ordem de pagamento de uma compensação pelos TdB não apresentados, correspondentes ao ano de 2016, a conduta da ENSE a respeito da emissão dos TdB de 2017 não assume qualquer relevância ou impacto na legalidade do ato impugnado. Pelo que, decidiu de forma absolutamente correta o TCA Norte.

23ª O princípio da boa fé, na vertente da proteção da confiança, pressupõe uma atuação apta a gerar confiança na contraparte e o investimento efetivo dessa confiança. A ENSE não autorizou a Recorrente a proceder à mistura física do biocombustível, que teve lugar previamente ao pedido de emissão dos TdB. A Recorrente não alega a prática de qualquer ato motivado pelas informações que lhe foram fornecidas pela ENSE. A ENSE, muito simplesmente, assentiu na emissão de TdB, tendo, após nunca mais do que dois meses,

constatado que não o poderia fazer face ao enquadramento fiscal da Recorrente e à inadmissibilidade da mistura física do biocombustível. Todavia, a Recorrente não alega qualquer investimento de confiança, que constitui um pressuposto da consideração de uma situação de facto que urge proteger e que justifique o recurso ao princípio da boa fé. 24ª Por fim, a informação vinculativa que a Autoridade Tributária emitiu teve por base legislação não aplicável aos factos que cumpria apreciar, que estavam ainda cobertos pelo artigo 6º do D L n.º 62/2006, de 21 de março, que não admitia a mistura física do biocombustível por destinatários registados. Em todo o caso, a informação é apenas vinculativa interpartes, i.e., não vincula de forma alguma a ENSE. A apreciação do TCA Norte, a propósito da informação da AT, afigura-se igualmente correta.

25ª Pelo que, os fundamentos do recurso interposto são manifestamente improcedentes, sendo a apreciação feita pelo TCA Norte inatacável, porque assente num enquadramento dos factos no direito aplicável desmerecedor de qualquer crítica ou censura. Devendo assim o presente recurso de revista ser julgado improcedente.

26ª O STA não está obrigado ao reenvio prejudicial de questões para o TJUE caso não se verifiquem os pressupostos previstos no artigo 267º do TFUE, i.e., caso as normas a interpretar não suscitem dúvidas, na medida em que sejam claras ou caso o TJUE tenha proferido Acórdão a esclarecer questão idêntica ou caso não sejam as normas em causa pertinentes ou relevantes para a decisão do caso concreto. O que se afigura tão mais lógico porquanto, caso contrário, o reenvio prejudicial seria passível de utilização como medida dilatória, não sendo esse, de todo, o propósito da criação do instrumento de uniformização na aplicação do direito da União.

27ª O litígio em apreço obriga à apreciação do direito nacional, nomeadamente no que diz respeito à recusa da alegada certificação apresentada pela Recorrente, à não acreditação das entidades verificadoras mencionadas no artigo 10º, nº 10 da Portaria n.º 8/2012, de 4 de janeiro, à relevância das dificuldades sentidas na aquisição de TdB no mercado, à alegada desproporcionalidade da compensação aplicável, à luz do artigo 266º da CRP e à alegada violação do princípio da boa fé insito no artigo 10º do CPA. Não existe qualquer norma de direito da União Europeia que surja relevante à apreciação da causa.

28ª As questões suscitadas pela Recorrente, a respeito da interpretação do artigo 18º, nº 3 e 4 da Diretiva 2006/28/CE e do artigo 34º do TFUE, não dão resposta ao que, alegadamente, pretende ver esclarecido, sendo que, em todo o caso, o que pretende ver esclarecido não é relevante para a questão de fundo a conhecer.

29ª O artigo 18º, nº 3 e 4 da Diretiva determina apenas a admissibilidade de os Estados membros imporem aos operadores económicos a realização de auditorias por entidades independentes, apresentando dados precisos a propósito dos critérios de sustentabilidade previstos na Diretiva. O artigo 34º do TFUE, por outro lado, proíbe a limitação quantitativa de importações entre os Estados membros o que nunca esteve em causa, nos presentes autos, nos quais discutimos o cumprimento de normas ambientais por produtores e por importadores, em iguais termos.

30ª Pelo que o requerimento de reenvio prejudicial das questões suscitadas deverá ser indeferido, em virtude da impertinência das normas em apreço para a decisão da causa e o consequente não preenchimento dos pressupostos da obrigação de reenvio prejudicial.

NESTES TERMOS,

E nos de mais de Direito que os Colendos Conselheiros, doutamente, suprirão, deve o presente recurso de revista:

- a) Ser rejeitado, pelo não preenchimento dos pressupostos da revista, fixados no artigo 150.º, n.º 1 do CPTA; ou, caso assim não se entenda,
- b) Ser julgado improcedente, por não provado, mantendo-se a decisão contida no duto Acórdão recorrido, julgou a ação improcedente.

Em todo o caso,

- d) Deverá ser indeferido o pedido de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, por não se encontrarem preenchidos os respetivos pressupostos».

4. O presente recurso de revista foi admitido por Acórdão de 27/1/2022 (cfr. fls. 5656 e segs. SITAF) proferido pela formação de apreciação preliminar deste STA, prevista no nº 6 do art. 150º do CPTA, designadamente nos seguintes termos:

«(...) 6. O TAF/BRG julgou procedente a pretensão impugnatória deduzida, anulando o ato em crise por violação da Diretiva nº 2009/28/CE, dos princípios da livre circulação de produtos provindos de Estados-Membros da UE, da igualdade de tratamento entre Estados-Membros, da boa-fé, da proteção da confiança, das legítimas expectativas e da segurança jurídica, da proporcionalidade, da razoabilidade e da justiça, sendo que o sistema de compensações e regime contraordenacional previsto no art. 24.º do DL n.º 117/2010, não lhe seria aplicável dado a mesma não se enquadrar na noção de «incorporador», para além de que o ato impugnado ter na sua génese a aplicação de critérios de sustentabilidade que não foram acompanhados de qualquer procedimento de verificação - mediante seleção de entidades verificadoras através de concurso - de acordo

com o DL nº 117/2010 e a Portaria nº 8/2012 [cfr. fls. 572/612].

7. O TCA/N no acórdão sob impugnação revogou o julgado firmado pelo TAF/BRG, tendo considerado como insubsistentes os fundamentos de ilegalidade acometidos ao impugnado, pelo que julgou totalmente improcedente a pretensão e indeferiu o pedido de reenvio prejudicial.

(...) 13. Presentes os juízos diametralmente opostos que se mostram firmados pelas instâncias quanto às questões objeto de dissídio, constatação essa já de si indiciadora da complexidade jurídica das quaestiones juris elencadas e que são objeto do recurso de revista interposto, tanto mais que as mesmas envolvem a realização de operações lógico-jurídicas de algum melindre e dificuldade, concatenando diversos regimes, institutos e princípios jurídicos, seja do direito da UE seja no plano do direito interno, e que se mostram necessários na e para a subsunção quer à concreta realidade factual em presença quer ao que constitui o objeto pretensivo.

14. Daí que se impõe concluir pelo manifesto interesse para a comunidade jurídica ante o relevo jurídico das quaestiones juris objeto do recurso de revista interposto, e, por repetível, o mesmo mostra-se dotado de capacidade de expansão da controvérsia, justificando-se, desta feita, até pelo valor elevado da obrigação de pagamento exigido [5.702.000,00 €], tudo confluindo, assim, para a necessidade de se receber o recurso de revista interposto e intervenção deste Supremo Tribunal para dilucidação também quanto aos aspetos dubitativos sinalizados no contexto apurado e que carecem igualmente de uma melhor e aprofundada análise/ponderação, avaliando do pedido de reenvio prejudicial do Tribunal de Justiça da UE».

5. A Exma. Magistrada do Ministério Público junto deste STA, notificada nos termos e para os efeitos do disposto no art. 146º nº 1 do CPTA, emitiu parecer (cfr. fls. 5668 e segs. SITAF), no sentido de ser negado provimento à revista, confirmando-se integralmente o Ac.TCAN recorrido.

6. Por Acórdão de 26/5/2022 (cfr. fls. 5690 e segs. SITAF), este STA - no seguimento do Acórdão que admitira a presente revista para, entre o mais, se re(avaliar) o pedido de reenvio prejudicial ao TJUE, e aderindo ao solicitado pela Autora/Recorrente com suporte em dois pareceres jurídicos que juntou aos autos, e verificando que havia já sido operado pelo TAF/Braga, no âmbito de uma idêntica ação entre as mesmas partes (860/21.1BEBRG), o mecanismo de reenvio prejudicial ao TJUE, em que colocara a este tribunal europeu 4 questões prejudiciais -, decidiu suspender a instância e proceder, no âmbito deste processo, a um reenvio prejudicial suplementar ao TJUE para a colocação de 6 outras questões, por ter entendido que se justificava a ampliação do espectro material das questões prejudiciais já anteriormente colocadas pelo TAF/Braga.

7. Por Acórdão de 9/3/2023 (C-604/21), o TJUE respondeu às quatro questões prejudiciais colocadas no âmbito do aludido processo 860/21 do TAF/Braga (Acórdão junto aos presentes autos, a fls. 6000 e segs. SITAF).

8. Em comunicação de 9/6/2023 (cfr. fls. 6000 e segs. SITAF), o TJUE dirigiu a este STA, na qualidade de tribunal de reenvio (processo C-413/22, “Vapo Atlantic II”), o seguinte pedido de resposta:

«No seu Acórdão de 9 de março de 2023, “Vapo Atlantic” (C-604/21, EU:C:2023:175), o Tribunal de Justiça declarou nomeadamente 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 [...], e constitui assim uma “regra técnica” na aceção do artigo 1.º, ponto 11, da Diretiva 98/34 [...], a qual apenas é oponível aos particulares se o seu projeto tiver sido comunicado em conformidade com o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34 [...]». Neste contexto, pede-se ao Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) que indique ao Tribunal de Justiça, o mais tardar a 10/07/2023, se tenciona manter as questões colocadas no processo C-413/22, “Vapo Atlantic 2”, e, em caso afirmativo, que exponha as razões que fundamentam essa manutenção».

9. Por despacho de 9/6/2023 (cfr. fls. 6028 SITAF) foi ordenada a notificação das partes para se pronunciarem, querendo, sobre a questão colocada pelo TJUE quanto ao eventual interesse na manutenção do reenvio prejudicial efetuado no âmbito do presente processo, em face do seu Acórdão de 9/3/2023.

10. A Autora/Recorrente “A...” e a Ré/Recorrida “ENSE” pronunciaram-se nos termos constantes dos requerimentos juntos, respetivamente, a fls. 6034 e segs. e 6041 e segs. – aquela no sentido da manutenção do reenvio; esta, insistindo, desde já, pelo improvimento

do recurso de revista, pressupondo, pois, a desnecessidade ou, mesmo, a impertinência do reenvio prejudicial, como já antes defendera nos autos.

11. Sem vistos prévios, atento o disposto nos arts. 36º n.ºs 1 f) e 2 e 147º do CPTA, o processo vem submetido à Conferência, cumprindo apreciar e decidir.

*

II - DAS QUESTÕES A DECIDIR

12. Pelo acima exposto, cumpre apurar se é de manter o pedido de reenvio prejudicial efetuado ao TJUE no âmbito do presente processo, considerando as respostas dadas pelo TJUE, em seu Acórdão de 9/3/2023, às quatro questões prejudiciais colocadas pelo TAF/Braga, no âmbito de processo semelhante, entre as mesmas partes (860/21.1BEBRG); ou se, em face daquele Acórdão do TJUE, é dispensável, para a decisão a tomar nos presentes autos, a manutenção das questões prejudiciais suplementares colocadas no âmbito deste nosso processo. Neste último caso, cumprirá, então, apreciar e decidir – considerando o julgamento do TJUE no referido Acórdão de 9/3/2023 – se o presente recurso de revista merece provimento ou se, pelo contrário, será de manter o Acórdão do TCAN recorrido.

*

III - FUNDAMENTAÇÃO

III. A – FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

13. Foram dados como relevantemente provados os seguintes factos pelas instâncias (incluindo os factos – 27. e 28. – aditados pelo TCAN nos termos do art. 662º do CPC):

«1. A empresa “A..., S.A.”, ora Autora, é uma pequena operadora que exerce a sua atividade, no âmbito do sector dos combustíveis derivados do petróleo e dos biocombustíveis - detendo o estatuto de “Destinatário Registado”, nos termos do art. 28.º do Código dos Impostos Especiais de Consumo (CIEC) [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

2. Em 25 de Junho de 2015 - mediante comunicação, via eletrónica, dirigida, *inter alia*, à Autora -, a “ENMC - ENTIDADE NACIONAL PARA O MERCADO DE COMBUSTÍVEIS, E.P.E.”, ora Ré, declarou o seguinte:

“Nestes termos, e admitindo desde já a existência de diversas dificuldades na aquisição de Títulos de Biocombustível (TdB) por parte dos pequenos operadores, atentas as metas de incorporação legalmente estabelecidas, e bem sabendo que o recurso a leilão TdB é inviável, dada a pequena dimensão de alguns operadores a operar no mercado nacional, entendemos por bem sugerir que os Pequenos Produtores Dedicados (PPD) passem a disponibilizar, para venda/compra, os TdB emitidos em função da produção, diretamente aos pequenos operadores” [cf. documento (doc.) n.º 2 junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

3. Em Setembro de 2015, a Autora remeteu uma comunicação à Réu, na qual, solicitou autorização para iniciar um procedimento que visasse o cumprimento dos critérios de sustentabilidade - o qual consistia em proceder a operações de (a) Mistura de biocombustíveis importados e introduzidos já no consumo, através da sua incorporação nos combustíveis fósseis para ulterior venda no mercado nacional; e, (b) Venda direta de biocombustíveis em estado puro importado, a operadores nacionais [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

4. Em 11 de Novembro de 2015, a Ré respondeu ao solicitado pela Autora em 3), tendo negado tal possibilidade, alegando para o efeito que uma operação de mistura por parte da Autora, ao abrigo do disposto no art. 96.º do CIEC, não seria qualificada como produção de produtos petrolíferos e energéticos [cf. documento (doc.) n.º 89 junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

5. Em 28 de Abril de 2016, a Comissão Europeia emitiu Parecer Fundamentado, nos termos do qual, instou Portugal, na qualidade de Estado Membro, para, em dois meses, cumprir, em pleno, a Diretiva n.º 2009/28/CE, relativa às energias renováveis, porquanto concluiu que o Decreto-Lei n.º 117/2010, de 25 de Outubro, contradizia, até à altura, a aludida Diretiva em dois pontos, a saber: (a) Favorecimento dos biocombustíveis produzidos em Portugal relativamente aos produzidos noutros países, mesmo que estes apresentassem a mesma sustentabilidade; e, (b) Imposição de requisitos de sustentabilidade mais rigorosos a alguns biocombustíveis, sem que tal estivesse consignado na aludida Diretiva - tudo, sob pena de instauração, contra Portugal, de uma

ação no Tribunal de Justiça da União Europeia [cf. Ficha Informativa da Comissão Europeia relativa ao pacote de infrações, por parte dos Estados Membros da União Europeia, publicada no seu site em 28-04-2016, e que consta do documento n.º ... junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

6. Para cumprimento da determinação comunitária referida em 5), o Governo português procedeu à aprovação e publicação do Decreto-Lei n.º 69/2016, de 3 de Novembro - o qual revogou, entre outros, o art. 15.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 117/2010, de 25 de Outubro [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade notória; cf. Decreto-Lei n.º 69/2016, de 3 de Novembro, e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

7. Ao longo do ano de 2016, a Autora importou centenas de milhares de litros de combustíveis - os quais incluíam biocombustíveis incorporados certificados pela "... " [cf. documentos (docs.) n.º 4 a n.º 88 juntos com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

8. Os biocombustíveis importados pela Autora e referidos em 7) não foram aceites pela Ré, para efeitos do cumprimento, por parte da Autora, dos critérios de sustentabilidade [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

9. A solicitação da Autora, SÉRGIO VASQUEZ elaborou um estudo, nos termos do qual, concluiu o seguinte, a saber:

(a) Quanto à questão das operações de mistura de biocombustíveis importados e introduzidos já no consumo, através da sua incorporação nos combustíveis fósseis para ulterior venda no mercado nacional: *"1. A letra, finalidade e contexto do n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 62/2006, bem como a sua articulação com o artigo 96.º do Código dos IEC, obrigam a concluir que a mistura de biocombustível com produtos petrolíferos, já introduzidos no consumo, pode ser realizada por destinatários registados fora de entreposto fiscal. 2. A entender-se que o n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 62/2006 impõe a derrogação do artigo 96.º do Código dos IEC, obrigando à utilização de entreposto de armazenagem em operações de mistura de biocombustível com produtos petrolíferos, já introduzidos no consumo, torna-se inevitável concluir no sentido da inconstitucionalidade orgânica daquela disposição, uma vez que o Decreto-Lei n.º 62/2006 foi aprovado pelo Governo sem prévia lei de autorização parlamentar".*

(b) Quanto à questão da venda direta de biocombustíveis em estado puro importado, a operadores nacionais: *"3. A letra, finalidade e contexto do n.º 2 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 117/2010, obrigam a concluir que os destinatários registados que importem biocombustíveis em estado puro estão legalmente habilitados à sua venda direta. 4. A entender-se que o n.º 2 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 117/2010 reserva aos produtores nacionais a venda de biocombustíveis em estado puro, proibindo-a aos operadores que os importem de outros estados-membros, torna-se forçoso concluir pelo carácter discriminatório daquela disposição e pela sua invalidade em face do princípio da livre circulação de mercadorias consagrado pelo TFUE"* [cf. Documento (doc.) n.º 91 junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

10. Em 18 de Janeiro de 2017, o entendimento da Ré referido em 4) foi mantido e confirmado na comunicação que endereçou à Autora - comunicação, essa, cujo teor aqui se tem presente [cf. documento (doc.) n.º 90 junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

11. Em 2017, a Autora adquiriu 26.644 litros de biocombustíveis à empresa B... - sediada em ... e certificada pela ... com o número EU-...-Cert-DE120-...20 -, tendo tal carga sido carregada em 27 de Junho de 2017 e transportada para instalações utilizadas pela Autora [cf. factualidade não impugnada; cf. Factualidade não controvertida].

12. A aquisição referida em 11) foi sujeita à liquidação dos impostos correspondentes, tendo a Autora, para tal, solicitado à Autoridade Tributária um pedido de destinatário registado temporário para biodiesel a ser utilizado como combustível - pedido, esse, que foi deferido pela ... e tendo a descarga dos aludidos biocombustíveis importados pela Autora sido acompanhada por elementos da ... [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

13. Na sequência do circunstancialismo fáctico descrito em 11) e em 12), a Autora procedeu à mistura de parte do biocombustível adquirido (16.644 litros), com produtos petrolíferos nos termos resultantes da articulação entre o art. 76.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 62/2006, e o art. 96.º do CIEC [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

14. No seguimento da operação referida em 13), a Autora solicitou à Ré - mediante comunicação datada de 30 de Junho de 2017 -, que esta procedesse à emissão dos TdB's resultantes, para efeitos de cumprimento das metas de incorporação referentes ao 2º Trimestre do ano de 2017 [cf. documento (doc.) n.º 92 junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

15. Em 28 de Julho de 2017, a Ré - mediante carta postal -, respondeu à Autora, tendo alegado o seguinte: *"(a) a empresa "B..." não tinha concluído o processo do registo na ENMC, encontrando-se ainda em falta alguma documentação; (b) da lista de documentos*

enviada pela Autora, não constava o PoS (Proof of Sustainability), comprovativo da sustentabilidade dos combustíveis incorporados, sem o qual não poderiam ser emitidos TdB's; e, (c) a emissão dos TdB's teria de ser solicitada pela Autora, implicando o pagamento de uma taxa de emissão de 1m2€ por cada TdB" [cf. documento (doc.) n.º 93 junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

16. Em resposta à comunicação referida em 15), a Autora endereçou uma missiva à Ré, juntando o PoS (Proof of Sustainability) em falta, e declarando que a empresa "B..." encontrava-se devidamente registada, conforme constava da listagem de "Operadores Económicos no sector dos Biocombustíveis registados na ENMC", publicada pela Ré e atualizada a 09 de Junho de 2017 [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

17. Em 04 de Agosto de 2017, a Ré procedeu à publicação da alteração da listagem de "Operadores Económicos no sector dos Biocombustíveis registados na ENMC", passando a mesma a englobar a informação de que o respetivo processo do registo relativo à empresa B... se encontrava, afinal, ainda pendente [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

18. Na sequência do circunstancialismo fáctico descrito em 16) a 17), a Autora solicitou à Ré a emissão dos TdBs correspondentes, bem como o envio de documento para pagamento da taxa de emissão, nos termos do disposto no art. 12.º, n.º 5, da Portaria n.º 8/2012, de 4 de Janeiro [cf. documento (doc.) n.º 94 junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

19. Em resposta ao requerido em 18), a Ré informou, expressamente, a Autora que iria proceder à emissão de TdB's, em consequência das operações de mistura, e solicitando ainda, para o efeito, a colaboração da Autora para a agilização do processo de registo da empresa "B..." [cf. documentos (docs.) n.º 95 a 98 juntos com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

20. Em 12 de Outubro de 2017, a Ré informou a Autora, por email, de que, afinal, não iria proceder à emissão de TdB's sem uma posição, por parte da Autoridade Tributária e Aduaneira, acerca da possibilidade de incorporação de biocombustível através do procedimento encetado pela Autora [cf. documento (doc.) n.º 99 junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

21. Face à posição adotada pela Ré descrita em 20), a Autora solicitou, junto da Autoridade Tributária e Aduaneira, um pedido de informação vinculativa, atinente à possibilidade de mistura de combustíveis com biocombustíveis fora do regime suspensivo por entidades não detentoras do estatuto de entreposto fiscal - tendo a Autoridade Tributária e Aduaneira proferido informação vinculativa, nos termos da qual, do ponto de vista fiscal, nada obstava à realização, por destinatários registados, de operações de mistura / incorporação de biocombustíveis e gasóleo [documentos (docs.) n.º 1 e n.º 2 juntos com a réplica do processo n.º 2739/17.2BEBRG e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

22. Até ao ano de 2017, não havia sido lançado um único concurso que fosse para seleção das entidades verificadoras - concurso, esse, que era obrigatório nos termos da Portaria n.º 8/2012, de 4 de Janeiro, enquanto procedimento essencial à verificação dos critérios de sustentabilidade [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

23. Relativamente aos anos de 2016 e 2017, a Ré impôs aos operadores procedimentos de verificação dos critérios de sustentabilidade - critérios, esses, que não foram acompanhados de qualquer procedimento de verificação, de acordo com o Decreto-Lei n.º 117/2010 e a Portaria n.º 8/2012, de 4 de Janeiro [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

24. Em 15 de Setembro de 2017, no âmbito do processo de verificação do cumprimento das metas de incorporação de biocombustíveis referente ao ano de 2016 (processo n.º UB/09/2017), a Autora foi notificada pela Ré, do Ofício com a referência ...17, da decisão final, nos seguintes termos, a saber:

"...

[IMAGEM]

..." [cf. documento (doc.) n.º 1 junto com a petição inicial do processo n.º 2739/17.2BEBRG e Ofício com a referência ...17 de 13-09-2017 constante do Processo Administrativo-Instrutor (PA) e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido] - acto ora impugnado.

25. Em 2016, o valor de mercado de cada TdB enquadra-se entre 300,00 euros (trezentos euros) e 400,00 euros (quatrocentos euros) [cf. factualidade não impugnada; cf. factualidade não controvertida].

26. Tem-se aqui presente o teor de todos os documentos constantes do presente processo (e do processo ao qual se encontra apenso) e do Processo Administrativo-Instrutor (PA) [cf. documentos (docs.) constantes dos autos (e do processo n.º 2739/17.2BEBRG) e do Processo Administrativo-Instrutor (PA) e cujo teor integral, aqui, se dá por reproduzido].

27. No dia 21 de Abril de 2016 a ENMC remeteu mensagem de correio electrónico com o

seguinte teor:

“Exmos Senhores:

Atento o disposto nos estatutos da Entidade Nacional para o Mercado dos Combustíveis, publicados em anexo ao Decreto-Lei nº 165/2013, de 16 de Dezembro, com as sucessivas alterações, é competência desta entidade pública verificar a sustentabilidade e monitorização do cumprimento das obrigações de produção e venda de biocombustíveis, bem como verificar e monitorizar as metas de incorporação de biocombustíveis.

Nestes termos, e admitindo desde já a existência de diversas dificuldades na aquisição de Títulos de Biocombustíveis (TdB) por parte dos pequenos operadores, atentas as metas de incorporação legalmente estabelecidas, e bem sabendo que o recurso a leilão TdB é inviável, dado a pequena dimensão de alguns operadores a operar no mercado nacional, entendemos por bem sugerir que os Pequenos Produtores Dedicados (PPD) passem a disponibilizar, para venda/compra os TdB emitidos em função da produção, directamente aos pequenos operadores.

Caso a nossa proposta apresentada mereça acolhimento, os produtores de biocombustível (PPD) deixariam de beneficiar de isenção de ISP (artigo 19º do DL 117/2010), passando a comercializar directamente os TdB junto dos interessados.

Para o efeito, e admitindo o interesse quanto à forma de comercialização dos TdB nos termos propostos, em anexo, segue lista com a identificação dos operadores interessados na aquisição de TdB, podendo estes serem contactados directamente.” – cfr. doc. ... junto com a p.i. do Proc. 2739/17.2BEBRG.

28. No dia 26 de Junho de 2015 a Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis, E.P.E., remeteu ofício à A..., Lda, com o seguinte teor:

“Assunto: Possibilidade de compra e venda de TdB

Exmos Senhores:

Atento o disposto nos estatutos da Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis, publicados em anexo ao Decreto-Lei nº 165/2013, de 16 de Dezembro, com as sucessivas alterações, é competência desta entidade pública verificar a sustentabilidade e monitorização do cumprimento das obrigações de produção e venda de biocombustíveis, bem como verificar e monitorizar as metas de incorporação de biocombustíveis.

Uma das principais missões da ENMC passa, assim, por agilizar todos o processo de comercialização de Títulos de Biocombustíveis (TdB), tendo como objectivo final ser uma entidade facilitadora do mesmo, permitindo o cumprimento das metas nacionais de incorporação.

Como é do V/ conhecimento a comercialização dos TdB a nível nacional pode e está a ser feita por compra directa aos produtores ou por leilão anual.

No entanto, existe a possibilidade dos Pequenos Produtores Dedicados (PPD) ficarem na posse dos TdB, correspondentes à sua produção (dupla contagem – 100% residual) pagando o respectivo Imposto Sobre os Produtos Petrolíferos (ISP). Nesta circunstância, estes TdB poderiam entrar no mercado de Títulos onde existe uma procura grande por parte dos operadores económicos para o cumprimento das suas metas de incorporação (7,5% teor energético conforme previsto no Artigo 11º DL 117/2010).

Para o efeito, e admitindo o interesse quanto à forma de comercialização dos TdB nos termos propostos e a fim de melhor operacionalizar esse procedimento e facilitar o cumprimento da lei, anexa-se lista com a identificação dos PPD, podendo estes ser contactados directamente.” – cfr. doc. ... junto com a contestação pela ENMC nos autos de Proc. 2739/17.2 BEBRG».

*

III. B – FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

14. A Autora/Recorrente sustenta a ilegalidade da decisão impugnada em errada interpretação e aplicação dos arts. 34º e 36º do TFUE, 17º, 18º e 19º da Diretiva 2009/28/CE, 11º, 13º nº 4, 19ºA e 24º do DL nº 62/2006, de 21/3, 28º, 29º, 96º e 99º do Código dos Impostos Especiais de Consumo (CIEC), bem como dos princípios da livre circulação de mercadorias (art. 34º TFUE), da boa-fé, da proteção da confiança e da segurança jurídica, da proporcionalidade (art. 266º da CRP).

O TAF/Braga, por sentença de 29/3/2021 (cfr. fls. 2577 e segs. SITAF), e depois de decidir antecipar o juízo sobre a causa principal, nos termos previstos no art. 121º do CPTA, julgou a ação procedente, anulando o ato impugnado que determinara o pagamento, pela Autora, da quantia de 5.702.000,00€ respeitante a compensações pelo alegado não cumprimento das obrigações de incorporação de biocombustíveis relativas ao ano de 2016.

O TCAN, pelo Acórdão recorrido de 8/10/2021 (cfr. fls. 3678 e segs. SITAF), revogou aquela sentença e julgou a ação improcedente por considerar improcedentes todos os

vícios assacados àquele ato.

15. Conforme resulta da matéria de facto tida por provada (cfr. Ponto 24), a Autora foi notificada, em 15/9/2017, da decisão da Ré de lhe ordenar o pagamento da quantia de 5.702.000,00€ pelo alegado incumprimento das obrigações de incorporação de biocombustíveis nos termos do art. 24º n.º 1 do DL n.º 117/2010, de 25/10, alterado pelo DL 6/2012, de 17/1, e pelo DL 69/2016, de 3/11 ("DL 117/2010").

No Relatório Final do procedimento (UB/09...) que concluiu com essa decisão, justificou-se a exigência da aludida quantia expressando que, nos termos do art. 11º do DL 117/2010, resultava a obrigação de contribuição para o cumprimento das metas de incorporação nas seguintes percentagens de biocombustíveis, em teor energético relativamente às quantidades de combustíveis rodoviários colocados no consumo, com exceção do gás petróleo liquefeito (GPL) e do gás natural: a) 2011 e 2012 – 5,0%; b) 2013 e 2014 – 5,5%; c) 2015 e 2016 – 7,5%; d) 2017 e 2018 – 9,0%; e) 2019 e 2020 – 10,0%.

Mais se referia que os incorporadores – em cujo conceito se integraria a Autora – estavam obrigados a comprovar a incorporação, através da apresentação de TdBs, à ENMC (atual ENSE) até ao final do mês seguinte ao trimestre a que respeita, nos termos conjugados dos arts. 11º n.º 2, 13º e 18º do DL 117/2010, na redação vigente.

Assim, uma vez que a quantidade de combustível introduzida no consumo, pela Autora, no ano de 2016, se cifrara em 38.017 "TEPs" (toneladas equivalentes de petróleo), a exigência de 7,5% de incorporação de biocombustíveis fixada no art. 11º do DL 117/2010 para aquele ano de 2016 resultava num desvio negativo de 2851 "TdBs" (títulos de biocombustíveis), os quais ficaram sujeitos ao pagamento de uma compensação de 2.000,00€ por unidade, nos termos do art. 24º do DL 117/2010 – o que totaliza a exigida quantia de 5.702,00€ referente ao ano de 2016 (2851 x 2.000,00€).

16. No proc. 860/21.1BEBRG, em cujo âmbito foi efetuado, pelo TAF/Braga, o reenvio prejudicial que originou o Acórdão do TJUE de 9/3/2023, estava em causa a impugnação de um ato idêntico, através do qual a "ENSE" notificara a "VAPO Atlantic" para proceder ao pagamento da quantia de 908.084,00€, referente a alegado incumprimento de obrigação de incorporação de biocombustíveis nos combustíveis colocados no consumo durante o 2º trimestre de 2020 (em que já vigorava, como vimos pela tabela do art. 11º do DL 117/2010 acima transcrita, uma exigência de incorporação de 10%).

Nesse reenvio prejudicial, o TAF/Braga colocou ao TJUE as seguintes quatro questões:

«1) O disposto no art.º 1.º, n.º 3, da Diretiva 98/34/CE deve ser interpretado no sentido de que corresponde ao conceito de "*outra exigência*", para efeitos do disposto no art.º 8.º, n.º 1, da mesma Diretiva, a definição da percentagem de biocombustíveis que, de acordo com o disposto no art.º 7.º-A da Diretiva 98/70/CE, aditado pela Diretiva 2009/30/CE, e em consonância com o objetivo enunciado no art.º 3.º, n.º 4, da Diretiva 2009/28/CE, um determinado operador económico está obrigado a incorporar nos combustíveis por si introduzidos no consumo, como sucede no caso da legislação nacional em causa?

2) O art. 8º, n.º 1, da Diretiva 98/34/CE, quando refere "*exceto se se tratar da mera transposição integral de uma norma internacional ou europeia*" deve ser interpretado no sentido de excluir uma norma de direito nacional que define as percentagens de incorporação de biocombustíveis, de acordo com o disposto no art. 7.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70/CE, aditado pela Diretiva 2009/30/CE, em consonância com o objetivo visado no art. 3º, n.º 4, da Diretiva 2009/28/CE?

3) O disposto no art. 4.º, n.º 1, segundo travessão, da Diretiva 2009/30/CE, bem como o disposto no art. 4.º, n.º 1, da Diretiva (EU) 2015/1513, devem ser interpretados no sentido de se tratarem de cláusulas de salvaguarda previstas em atos comunitários vinculativos, para os efeitos previstos no art. 10º, n.º 1, terceiro travessão, da Diretiva 98/34/CE?

4) Não ficando a resposta prejudicada pelas anteriores, o disposto no art. 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34/CE deve ser interpretado no sentido de tornar inoponível ao operador económico a disposição nacional, como a que está em causa no processo, que define a percentagem de incorporação de biocombustíveis, em transposição do art. 7.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70/CE, aditado pela Diretiva 2009/30/CE?»

17. O Acórdão do TJUE, de 9/3/2023, levou em conta o seguinte, quanto à legislação nacional aplicável:

«(...) 14 O artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 117/2010, de 25 de outubro de 2010, conforme alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/2012, de 17 de janeiro de 2012 (a seguir «Decreto-Lei n.º 117/2010»), dispõe, no seu n.º 1:

«As entidades que introduzam combustíveis rodoviários no consumo, processando as declarações de introdução no consumo (DIC) nos termos do Código dos Impostos Especiais sobre o Consumo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 73/2010, de 21 de junho, alterado pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, [...] estão obrigadas a contribuir para o cumprimento das metas de incorporação nas seguintes percentagens de biocombustíveis, em teor energético, relativamente às quantidades de combustíveis rodoviários por si colocados no consumo, com exceção do gás de petróleo liquefeito (GPL) e do gás natural:

- a) 2011 e 2012—5,0%;
- b) 2013 e 2014—5,5%;
- c) 2015 e 2016—7,5%;
- d) 2017 e 2018—9,0%;
- e) 2019 e 2020— 10,0 %.

15 O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 6/2012 precisa que «o Decreto-Lei n.º 117/2010 [...] que transpõe parcialmente para a ordem jurídica interna a [Diretiva 2009/28] e a [Diretiva 2009/130], estabelece os critérios de sustentabilidade de produção e utilização de biocombustíveis e biolíquidos, os mecanismos de promoção de biocombustíveis nos transportes terrestres e, bem assim, define os limites de incorporação obrigatória de biocombustíveis».

18. E o mesmo Acórdão considerou da seguinte forma o litígio em causa e as questões prejudiciais colocadas:

«16 A A... é uma sociedade que exerce a sua atividade no mercado de combustíveis em Portugal.

17 Uma vez que tem o estatuto fiscal de destinatário registado, não dispõe de condições legais para proceder à incorporação física de biocombustíveis nos combustíveis rodoviários que introduz no consumo em Portugal. Por conseguinte, adquire, a uma sociedade sediada em Espanha, esses combustíveis que têm incorporado biocombustível em proporções que respeitam o estabelecido na legislação espanhola.

18 A A... não apresentou à ENSE nenhum comprovativo de aprovação por parte da Comissão Europeia do sistema de certificação voluntário aplicado pela sociedade a quem adquire os combustíveis rodoviários em Espanha.

19 No segundo trimestre de 2020, a A... introduziu no consumo 7.582 toneladas de combustíveis rodoviários.

20 A ENSE verificou que, contrariamente à obrigação que lhe é imposta pelo Decreto-Lei n.º 117/2010, a A... não dispunha de nenhum título de biocombustível, sendo certo que necessitaria de deter, pelo menos, 758 títulos, para demonstrar que respeitava a obrigação de incorporar 10 % de biocombustíveis nos combustíveis rodoviários que introduziu no consumo no segundo trimestre de 2020.

21 Por conseguinte, a ENSE adotou uma decisão que impunha à A... o pagamento do montante de 908.084 euros, a título de compensação financeira, pelo facto de esta não ter demonstrado a incorporação de biocombustíveis nos combustíveis rodoviários por si introduzidos no consumo durante o segundo trimestre de 2020, violando o artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 117/2010.

22 A A... impugnou essa decisão no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga (Portugal), que é o órgão jurisdicional de reenvio.

23 Esse órgão jurisdicional sublinha que o projeto da legislação nacional referida no n.º 21 do presente acórdão não parece ter sido comunicado à Comissão antes da publicação e da entrada em vigor dessa legislação.

24 O referido órgão jurisdicional interroga-se, em substância, sobre a interpretação das disposições da Diretiva 98/34, a fim de determinar se a referida legislação constitui uma «regra técnica» que deveria ter sido comunicada à Comissão.

25 Em primeiro lugar, esse mesmo órgão jurisdicional interroga-se se o artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 117/2010, que define apenas as percentagens de incorporação de biocombustíveis nos combustíveis rodoviários introduzidos no consumo sem definir uma qualquer característica desses biocombustíveis, deve ou não considerar-se «regra técnica» na aceção do artigo 1.º, ponto 11, da Diretiva 98/34 e, mais especificamente, se se trata de «outra exigência» na aceção deste artigo 1.º, ponto 4.

26 Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se o artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 117/2010 se subsumirá à exceção que consta do próprio artigo 8.º, n.º 1, da referida diretiva, uma vez que esta disposição de direito nacional constitui uma «mera transposição integral de uma norma [...] europeia». Com efeito, o artigo 7.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70 impõe aos Estados-Membros a obrigação de exigirem aos fornecedores a redução, de forma tão gradual quanto possível,

até 10% das emissões de gases com efeito de estufa.

27 Em terceiro lugar, esse órgão jurisdicional interroga-se se o artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 117/2010 se subsumirá ao disposto no artigo 10.º, n.º 1, terceiro travessão, da Diretiva 98/34, atendendo ao artigo 4.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2009/30 e ao artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2015/1513. Com efeito, estas duas últimas disposições podem ser consideradas «cláusulas de salvaguarda previstas em atos comunitários vinculativos» na aceção do artigo 10.º, n.º 1, terceiro travessão, da Diretiva 98/34.

28 Em quarto lugar, o referido órgão jurisdicional interroga-se, a título subsidiário, sobre as consequências a extrair do incumprimento da obrigação de comunicação do projeto de legislação, prevista no artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34. O órgão jurisdicional de reenvio reconhece que, em princípio, a falta de comunicação de disposições nacionais ao abrigo desta disposição implica a inoponibilidade das mesmas. Contudo, tem dúvidas a este respeito, uma vez que essa interpretação levaria ao generalizado incumprimento da obrigação de incorporação de biocombustíveis nos combustíveis rodoviários introduzidos no consumo. Esta mesma interpretação comprometeria não apenas o objetivo nacional, mas o próprio objetivo europeu em matéria de redução de emissão de gases com efeito de estufa e da promoção de fontes de energia renováveis.

29 Nestas circunstâncias, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais: (...).

19. E às 4 questões prejudiciais colocadas no reenvio, o TJUE respondeu da seguinte forma:

«Quanto à primeira e quarta questões:

(...) 44 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à primeira e quarta questões que o artigo 1.º, ponto 4, da Diretiva 98/34 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 e constitui assim uma «regra técnica» na aceção do artigo 1.º, ponto 11, desta diretiva, a qual apenas é oponível aos particulares se o seu projeto tiver sido comunicado em conformidade com o artigo 8.º, n.º 1, da referida diretiva».

E fundamentou assim esta sua resposta:

«35 A título preliminar, há que recordar que, no litígio no processo principal, foi imposto à A... o pagamento de uma compensação financeira por ter violado o artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 117/2010, uma vez que esta sociedade não tinha cumprido a sua obrigação de apresentar os títulos que permitiam demonstrar a incorporação de biocombustíveis nos combustíveis rodoviários por si introduzidos no consumo durante o segundo trimestre de 2020.

36 A este respeito, embora o órgão jurisdicional de reenvio se tenha referido formalmente, na sua primeira questão, ao artigo 1.º, ponto 3, da Diretiva 98/34, resulta da redação desta questão que o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a obrigação imposta pela legislação nacional corresponde ao conceito de «outra exigência» na aceção do artigo 1.º, ponto 4, desta diretiva e constitui, assim, uma «regra técnica» na aceção do artigo 1.º, ponto 11, da referida diretiva.

37 Por conseguinte, há que considerar que, com as suas questões primeira e quarta, que há que examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1.º, ponto 4, da Diretiva 98/34 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, desta diretiva e constitui, assim, uma «regra técnica» na aceção do artigo 1.º, ponto 11, da referida diretiva, a qual apenas é oponível aos particulares se o seu projeto tiver sido comunicado em conformidade com o artigo 8.º, n.º 1, da mesma diretiva.

38 Em primeiro lugar, importa recordar que o conceito de «outra exigência» é definido no artigo 1.º, ponto 4, da Diretiva 98/34 como uma «exigência, distinta de uma especificação técnica, imposta a um produto por motivos de defesa, nomeadamente dos consumidores, ou do ambiente, e que vise o seu ciclo de vida após a colocação no mercado, como sejam condições de utilização, de reciclagem, de reutilização ou de eliminação, sempre que essas condições possam influenciar significativamente a composição ou a natureza do produto ou a sua comercialização».

39 Em conformidade com jurisprudência constante, cabe nesta categoria uma

regulamentação que fixe uma condição que possa influenciar significativamente a composição, a natureza ou a comercialização de um produto, uma vez que estas «outras exigências» visam as exigências resultantes da tomada em consideração do ciclo de vida do produto em causa, após a sua colocação no mercado, relativas, nomeadamente, à utilização do mesmo (Acórdão de 28 de maio de 2020, ECO-WIND Construction, C-727/17, EU:C:2020:393, n.º 40 e jurisprudência referida).

40 No caso em apreço, as questões do órgão jurisdicional de reenvio têm por objeto uma legislação nacional que exige aos operadores económicos que procedem à introdução no consumo de combustíveis rodoviários, com exceção do GPL e do gás natural, que contribuam para o cumprimento dos objetivos de incorporação de biocombustíveis nas quantidades anuais de combustíveis rodoviários por si introduzidos no consumo, a saber, um objetivo de 10 % relativamente ao ano de 2020. Mesmo que essa legislação não especifique o tipo de combustível rodoviário visado, não fixe a percentagem de biocombustível que deve ser fisicamente incorporado nos combustíveis rodoviários, nem especifique o tipo de biocombustível a incorporar, o requisito que prevê, adotado para efeitos de proteção do ambiente, visa o ciclo de vida dos combustíveis rodoviários após a sua colocação no mercado e pode influenciar significativamente a comercialização dos referidos produtos, na medida em que o incumprimento da obrigação de incorporação de biocombustíveis prevista é suscetível de implicar a imposição de uma compensação financeira.

41 Daqui decorre que uma legislação nacional que fixe um objetivo relativo à incorporação de 10% de biocombustíveis nos combustíveis rodoviários introduzidos no consumo por um operador económico relativamente ao ano de 2020 é abrangida pelo conceito de «outra exigência» na aceção do artigo 1.º, ponto 4, da Diretiva 98/34 e constitui, assim, uma «regra técnica» na aceção do artigo 1.º, ponto II, desta diretiva.

42 Em segundo lugar, importa recordar que, em conformidade com jurisprudência constante, a Diretiva 98/34 tem por finalidade, através de um controlo preventivo, proteger a livre circulação de mercadorias, que é um dos fundamentos da União. Esse controlo é útil na medida em que as regras técnicas abrangidas por essa diretiva podem constituir entraves às trocas de mercadorias entre Estados-Membros, entraves que só podem ser admitidos se forem necessários para satisfazer exigências imperativas que prossigam um objetivo de interesse geral (v., neste sentido, Acórdãos de 30 de abril de 1996, CIA Security International, C-194/94, EU:C:1996:172, n.º 40, e de 19 de julho de 2012, Fortuna e o., C-213/11, C-214/11 e C-217/11, EU:C:2012:495, n.º 26 e jurisprudência referida).

43 Neste contexto, o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34 impõe, em princípio, aos Estados-Membros que comuniquem imediatamente à Comissão qualquer projeto de regra técnica. A este respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a inobservância da obrigação de comunicação prevista neste artigo 8.º, n.º 1, constitui um vício processual essencial suscetível de acarretar a inaplicabilidade das regras técnicas em causa, de modo que estas não podem ser opostas aos particulares (v., neste sentido, Acórdão de 30 de abril de 1996, CIA Security International, C-194/94, EU:C:1996:172, n.º 54)».

«Quanto à segunda questão:

(...) 52 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à segunda questão que o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34 deve ser interpretado no sentido de que uma legislação nacional que visa transpor o artigo 7º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70 em consonância com o objetivo que figura no artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2009/28 não é suscetível de constituir uma mera transposição integral de uma norma europeia na aceção do artigo 8º, n.º 1, da Diretiva 98/34 e, por conseguinte, de se eximir à obrigação de comunicação prevista nesta disposição».

E fundamentou assim esta sua resposta:

«45 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34 deve ser interpretado no sentido de que uma legislação nacional que visa transpor o artigo 7º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70 em consonância com o objetivo que figura no artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2009/28 é suscetível de constituir uma mera transposição integral de uma norma europeia na aceção do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34 e, por conseguinte, de se eximir à obrigação de comunicação prevista nesta disposição.

46 A este respeito, em conformidade com o artigo 1.º, ponto 6, da Diretiva 98/34, constitui uma «norma», na aceção desta diretiva, a especificação técnica aprovada por um organismo reconhecido com atividade normativa cujo cumprimento não é obrigatório e pertença à categoria das normas internacionais, à das normas europeias ou à das normas nacionais. A «norma europeia» é definida por esta disposição como a que é adotada por um organismo europeu de normalização e colocada à disposição do público.

47 Decorre, assim, destas definições que o conceito de «norma europeia», considerado no contexto das regras técnicas, e mais especificamente da Diretiva 98/34, tem um âmbito

limitado às normas adotadas por um organismo europeu de normalização.

48 Ora, não resulta do artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2009/28 nem do artigo 7.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70 que o legislador da União tenha adotado, através dessas disposições, «normas europeias» na aceção do artigo 1.º, ponto 6, da Diretiva 98/34.

49 Com efeito, por um lado, o artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2009/28, lido à luz dos considerandos 8 e 9 e do artigo 1.º da mesma, limita-se a fixar objetivos obrigatórios segundo os quais a quota de energia proveniente de fontes renováveis consumida por todos os modos de transporte em 2020 represente, pelo menos, 10 % do consumo final de energia nos transportes em cada Estado-Membro, deixando aos Estados-Membros uma margem de apreciação quanto às medidas que consideram adequadas para alcançar esses objetivos.

50 Por outro lado, o artigo 7.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70 concretiza a vontade do legislador da União de reduzir até 10 % as emissões de gases com efeito de estufa ao longo do ciclo de vida, por unidade de energia, do combustível e da energia fornecida. Contudo, como resulta desta disposição, em conjugação com os considerandos 8 e 9 da Diretiva 2009/30, os Estados-Membros conservam uma margem de apreciação para alcançar essa redução, através da utilização de biocombustíveis ou de combustíveis alternativos ou ainda através de reduções a nível da queima.

51 Daqui resulta que nem o artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2009/28 nem o artigo 7.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70 impõem uma «norma» na aceção do artigo 1.º, ponto 6, da Diretiva 98/34».

«Quanto à terceira questão:

(...) 58 Decorre do que precede que há que responder à terceira questão que o artigo 4.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2009/30 deve ser interpretado no sentido de que esta disposição não constitui uma cláusula de salvaguarda prevista num ato vinculativo da União, na aceção do artigo 10.º, n.º 1, terceiro travessão, da Diretiva 98/34».

E fundamentou assim esta sua resposta:

«53 A título preliminar, importa observar que a legislação nacional em causa no processo principal entrou em vigor em 18 de janeiro de 2012, ao passo que a Diretiva 2015/1513, à qual o órgão jurisdicional de reenvio se refere na terceira questão, entrou em vigor, em conformidade com o seu artigo 5.º, em 5 de outubro de 2015. Nestas circunstâncias, não há que ter em consideração esta diretiva para responder a esta questão. 54 Por conseguinte, há que considerar que, com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 4.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2009/30 deve ser interpretado no sentido de que esta disposição constitui uma cláusula de salvaguarda prevista num ato vinculativo da União, na aceção do artigo 10.º, n.º 1, terceiro travessão, da Diretiva 98/34.

55 Importa salientar que os dois primeiros parágrafos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2009/30 se limitam a fixar aos Estados-Membros um prazo para a transposição da mesma, a saber, até 31 de dezembro de 2010, através de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas necessárias para esse efeito, exigindo-lhes que comuniquem imediatamente à Comissão o texto dessas disposições. O terceiro parágrafo desta disposição prevê, por sua vez, que, quando os Estados-Membros aprovarem tais disposições, estas devem fazer referência à Diretiva 2009/30.

56 Ora, nada no texto do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2009/30 leva a pensar que o legislador da União pretendeu introduzir nesta diretiva uma cláusula de salvaguarda na aceção do artigo 114.º, n.º 10, TFUE, a que os Estados-Membros poderiam ter recorrido.

57 A este respeito, esta última disposição prevê que as medidas de harmonização compreenderão, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda que autorize os Estados-Membros a tomarem, por uma ou mais razões não económicas previstas no artigo 36.º TFUE, medidas provisórias sujeitas a um processo de controlo da União. Daqui resulta que essa cláusula de salvaguarda deve estar expressamente prevista no ato de harmonização. Ora, o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2009/30 não preenche estas características e não pode, portanto, constituir uma cláusula de salvaguarda desse tipo».

20. E, em suma, na parte decisória do Acórdão, decidiu o TJUE:

«Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

1) 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, conforme alterada pela Diretiva 2006/96/CE do Conselho, de 20 de novembro de 2006,

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

2) O artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34, conforme alterada pela Diretiva 2006/96,

deve ser interpretado no sentido de que:

unia legislação nacional que visa transpor o artigo 7.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 1998, relativa à qualidade da gasolina e do combustível para motores diesel e que altera a Diretiva 93/12/CEE do Conselho, conforme alterada pela Diretiva 2009/30/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, em consonância com o objetivo que figura no artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Diretivas 2001/77/CE e 2003/30/CE, não é suscetível de constituir uma mera transposição integral de uma norma europeia na aceção do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 98/34, conforme alterada, e, por conseguinte, de se eximir à obrigação de comunicação prevista nesta disposição.

3) O artigo 4º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2009/30,

deve ser interpretado no sentido de que:

esta disposição não constitui uma cláusula de salvaguarda prevista num ato vinculativo da União, na aceção do artigo 10.º, n.º 1, terceiro travessão, da Diretiva 98/34, conforme alterada pela Diretiva 2006/96».

21. Deste Acórdão do TJUE, de 9/3/2023, resulta, pois, em conclusão, que o disposto no nº 1 do art. 11º do DL nº 117/2010, de 25/10, nas suas sucessivas versões até à sua revogação operada pelo DL nº 84/2022, de 9/12, ao determinar as percentagens de incorporação de biocombustíveis a observar pelas “entidades incorporadoras”, constituía uma “regra técnica” (na aceção do art. 1º, ponto 11, da diretiva 98/34), a qual só seria oponível aos destinatários particulares (como a aqui Autora) se o respetivo projeto tivesse sido comunicado à Comissão nos termos previstos no art. 8º nº 1 da Diretiva 98/34. Mais declarou o TJUE que tal norma nacional não é suscetível de constituir uma mera transposição integral de uma “norma europeia” (não se subsumindo, pois, à exceção prevista no art. 8º nº 1 da Diretiva 98/34), nem é suscetível de se integrar numa cláusula de salvaguarda.

Ora, este julgamento do TJUE, proferido em 9/3/2023 no âmbito daquele mecanismo de reenvio prejudicial (C-604/21) operado pelo TAF/Braga no âmbito do processo 860/21.1BEBRG, é decisivo, por si, para determinar a sorte deste nosso presente processo.

Na verdade, não sendo a norma contida no nº 1 do art. 11º do DL 117/2010, de 25/10, oponível aos destinatários particulares, ela não era, consequentemente, oponível à aqui Autora/Recorrente, pelo que o ato impugnado, praticado pela Ré/Recorrida “ENSE”, consistindo numa ordem de pagamento fundamentada num incumprimento daquela norma, queda-se sem fundamento legal, incorrendo, pois, em vício de erro nos pressupostos de direito (falta de base legal).

Dúvidas não pode haver que aquele julgamento do TJUE é plenamente aplicável no caso do presente processo, uma vez que a jurisprudência daquele tribunal europeu, quanto à interpretação fixada do direito da UE, designadamente em processo de reenvio prejudicial, torna-se obrigatório quer no âmbito da causa em que o reenvio foi operado quer em quaisquer outros processos em que seja pertinente a aplicação das mesmas normas interpretadas. Efetivamente, além de o tribunal nacional destinatário ficar vinculado pela interpretação dada, o Acórdão do TJUE vincula também os outros órgãos jurisdicionais a

quem seja submetida uma questão idêntica.

Ora, no presente processo, estamos perante um litígio substancialmente idêntico e entre as mesmas partes, apenas variando a quantia da compensação a dever ser, alegadamente, paga pela Autora/Recorrente e o espaço temporal a que tal compensação se reporta (no nosso caso, o ano de 2016, a que, nos termos do aludido nº 1 do art. 11º do DL 117/2010, correspondia uma obrigação de incorporação de biocombustíveis na percentagem de 7,5% - cfr. alínea c). Sendo irrelevantes, quanto à manutenção dessa inoponibilidade, a variação das várias versões do DL 117/2010 até à sua revogação pelo DL 84/2022, de 9/12 (nomeadamente, as versões introduzidas pelos DLs. 6/2012, de 17/1, 69/2016, de 3/11 – em que se baseou o ato aqui impugnado, 152-C/2017, de 11/12 e 8/2021, de 20/1).

Em face do julgamento do TJUE, tornam-se, pois, inúteis as eventuais respostas às questões prejudiciais colocadas suplementarmente ao TJUE pelo reenvio prejudicial operado, à cautela, no âmbito deste nosso processo, uma vez que, independentemente dessas respostas, a já estabelecida inoponibilidade aos destinatários particulares (como a aqui Autora/Recorrente) da norma impositiva contida no nº 1 do art. 11º do DL 117/2010, impõe, por si, irremediavelmente, uma decisão de procedência da presente ação impugnatória, por força de vício do ato impugnado, por erro nos pressupostos de direito (falta de base legal) – o que se decide.

22. Tendo o TJUE, por sua comunicação constante de fls. 6000 e segs. SITAF, solicitado a este STA, como tribunal de reenvio, que informe se, em face do seu Acórdão de 9/3/2023, entende ser de manter as questões prejudiciais aqui colocadas e, em caso afirmativo, com que fundamentação, resulta do exposto no ponto anterior que, efetivamente, em face das respostas contidas naquele Acórdão de 9/3/2023, perdem pertinência, para a decisão dos presentes autos, as respostas àquelas questões prejudiciais suplementarmente colocadas, uma vez que, em obediência àquele Acórdão de 9/3/2023, uma decisão de procedência da pretensão impugnatória aqui formulada torna-se incontornável.

22.1. Convidadas as partes para se pronunciarem, querendo, sobre a resposta a dar ao TJUE, a Autora/Recorrente veio reiterar o que já adiantara em requerimento anterior, de 30/3/2023 (cfr. fls. 5990 e segs.), no sentido de que se manteria a conveniência, ou interesse, na manutenção do reenvio prejudicial, adiantando duas razões: por um lado, porque o procedimento de reenvio prejudicial desencadeado no presente processo (“Vapo Atlantic II”, C-413/22) se encontrará já em face adiantada, tendo as partes apresentado observações escritas e estando, neste momento, pendente de decisão do TJUE sobre a realização de audiência para alegações orais; por outro lado, porque, como justificado na decisão deste STA de reenvio prejudicial, foram colocadas questões suplementares *“sobre um leque mais alargado de matérias em discussão nos presentes autos”*, pelo que, conforme argumenta, vão mais além das que foram objeto de reenvio prejudicial do processo que deu origem ao Acórdão Vapo Atlantic (C-604/21)”.

Respondendo especificamente ao convite para pronúncia, a Autora/Recorrente, para além de repetir as referidas duas razões, acrescentou, ainda, que a manutenção do procedimento de reenvio seria útil, na medida em que a resposta às diversas questões colocadas poderá servir de orientação para casos futuros, considerando que existem muitos processo pendentes, da mesma natureza, entre as mesmas partes, em vários tribunais nacionais, pelo que *“é essencial que o Tribunal de Justiça – único órgão com competência para estabelecer a interpretação do direito da União Europeia – se pronuncie sobre as restantes questões (...)”*.

Sucede, porém, que este tribunal não pode ocupar-se de questões que não tenham pertinência para a decisão a tomar na resolução do litígio concreto, apenas com fundamento no eventual interesse que essas questões possam ter para casos futuros ou para a resolução de litígios concernentes a outros processos.

Como, da mesma forma, não pode ocupar-se dessas questões que, embora pudessem ter-se configurado como eventualmente pertinentes para a decisão do litígio, perderam pertinência, ficando prejudicadas, em face da solução entretanto dada a outras questões. E foi isto que sucedeu no presente caso: este STA decidiu-se, por economia de tempo, pela colocação de questões prejudiciais suplementares às já colocadas pelo TAF/Braga no âmbito de um processo idêntico, uma vez que não era possível antever a resposta do TJUE a essas questões já colocadas, correndo-se o risco de poder ter de se proceder, depois, a um novo reenvio.

Porém, as respostas do TJUE às questões colocadas pelo TAF/Braga, no âmbito do

procedimento de reenvio C-604/21, através do Acórdão de 9/3/2023, configuram-se como determinantes, por si, como se explicitou acima, para a solução a dar ao litígio em presença nos presentes autos, pelo que perde pertinência e relevante utilidade a manutenção do procedimento de reenvio prejudicial aqui operado (C-413/22) – o que se comunicará ao TJUE, como solicitado.

22.2. Por sua vez, a Entidade Ré/Recorrida “ENSE”, pronunciou-se no sentido de manter o seu entendimento, já antes exprimido nos autos, de não preenchimento dos requisitos para a realização do procedimento de reenvio prejudicial, pelo que fica pressuposta a desnecessidade, em sua opinião, da manutenção do reenvio operado.

Diferentemente, entende que o ato impugnado nos autos foi praticado em estrita observância da legislação então aplicável – nomeadamente do regime constante do DL 117/2010, de 25/2010 -, pelo que o seu comportamento não poderia ter sido outro, em obediência ao princípio da legalidade que rege a atividade da Administração.

Mais defende que, no caso de se concluir que a legislação que fundamentou o referido ato, aqui impugnado, contraria o direito europeu, apenas se poderá colocar, então, uma questão de responsabilidade político-legislativa, mas não administrativa, já que a Administração não poderia ter atuado de outra forma e que, resultando a inoponibilidade da circunstância do projeto da “regra técnica” não ter sido comunicado à Comissão Europeia, tal configurará responsabilidade político-legislativa e não responsabilidade da Administração.

Conclui, assim, que o ato se deve manter, por não ser inválido, ao ter sido praticado em consonância com a legislação nacional aplicável, não havendo vício de erro nos pressupostos de direito, restando à Autora ressarcir-se através de ação de responsabilidade por desrespeito do legislador para como o direito da UE, se for o caso.

Mais reafirma que *“a incompatibilidade do regime jurídico com o Direito da União Europeia traduz uma novidade argumentativa (...) uma vez que não se tratava de uma das questões submetidas ao julgamento do tribunal da 1ª instância”*.

Entendemos, porém, que não é de sufragar este argumentário da Entidade Ré/Recorrida.

Desde logo, é controverso o entendimento de que a Administração não tenha de levar em conta o direito da UE para efeitos de ser obrigada a afastar a aplicação de legislação interna que considere contrária àquele.

Na verdade, há jurisprudência do TJUE neste sentido (designadamente, os Acórdãos Fratelli Costanzo (103/88) e Fiammiferi (C-198/01), Larsy (C-118/00), Gunter Fuss (C-243/09), etc., ainda que a mesma não seja pacífica para a doutrina, que a tem criticado com base em argumentos vários: impreparação das Administrações para decidir, na maioria dos casos, sobre a contrariedade dos direitos europeus e nacionais; impossibilidade de as Administrações lançarem mão de mecanismos como o reenvio prejudicial com o objetivo de obter uma resposta qualificada nessas matérias, etc.

Seja como for, e aparte estas questões sobre os deveres de atuação das Administrações nacionais e possíveis questões de responsabilidade político-legislativa, o certo – e o que aqui releva – é que dúvidas nenhuma existem sobre o dever de os tribunais nacionais (também “tribunais comuns do direito da União”) desaplicarem legislação nacional que julguem contrária ao direito da UE.

É o que resulta da jurisprudência clara e constante do próprio TJUE, em aplicação dos princípios do primado do direito da UE (cfr. Acórdãos fundamentais “Costa/ENEL”, 6/64, e “Simmenthal”, 106/77) e da cooperação leal – decorrendo deste princípio, segundo o TJUE, ser *«confiado aos órgãos jurisdicionais nacionais o cuidado de garantir a proteção jurídica decorrente, para os cidadãos, do efeito direto das normas de direito comunitário»* (cfr. Acórdão fundamental “Rewe”, 33/76).

Desta forma, não assiste razão à Ré/Recorrida quando defende que o ato impugnado não pode ser contenciosamente anulado não obstante este tribunal ter constatado – com suporte no Acórdão interpretativo do TJUE de 9/3/2023 – que, “ex vi” do direito da UE, aquele ato foi praticado com fundamento em lei inoponível aos seus destinatários/particulares. Sem base legal, portanto. Viciado em erro nos pressupostos de direito.

Note-se, ademais, que o citado Acórdão do TJUE, de 9/3/2023, ao declarar a inoponibilidade, aos destinatários/particulares, da legislação portuguesa em causa, já pressupõe preenchida uma das condições para que essa consequência seja possível: o “efeito direto” do relevante direito da UE. Isto é, a possibilidade de os particulares poderem invocar este direito europeu em ordem a salvaguardarem os seus direitos e interesses, eventualmente contra legislação nacional que o contrarie (cfr. Acórdão fundamental “Van Gend en Loos”, 26/62).

E, nos termos do Acórdão fundamental “CIA Security Service (C-194/94), aliás citado pelo TJUE no Acórdão interpretativo de 9/3/2023, *«há que concluir que a Diretiva 83/189 deve ser interpretada no sentido de que a inobservância da obrigação de notificação acarreta a inaplicabilidade das “regras técnicas” em questão, de modo que não podem ser opostas aos particulares»*, sendo que ao juiz nacional *«compete recusar a aplicação de uma “regra técnica” nacional que não tenha sido notificada em conformidade com a Diretiva”*.

Por outro lado, não é verdade que a incompatibilidade com o direito da UE não tenha sido suscitada pela Autora ou não tenha sido apreciada pelo tribunal de 1ª instância.

Como, a este propósito, e acerca da necessidade de reenvio prejudicial no âmbito do presente processo, expressou o Parecer jurídico junto aos autos, a fls. 4927 e segs. SITAF (da autoria dos Profs. Cruz Vilaça, Vieira de Andrade, e outros):

«(...) 95. Quanto ao fundamento de recusa baseado no facto de não ter sido suscitada a interpretação do artigo 34.º, TFUE, importa precisar que a questão da incompatibilidade do sistema de metas de incorporação com a livre circulação de mercadorias foi invocada pela A..., e constituiu, ademais, fundamento de anulação do ato administrativo por parte do TAF de Braga.

96. Com efeito, na petição inicial (“PI”), a A... alegou a incompatibilidade da legislação em causa (em vigor à data dos factos) com o princípio da livre circulação de mercadorias (ver artigo 49.º da PI). Invoca-se também a impossibilidade de adquirir TdBs no mercado, dada a sua escassez (ver arts. 9.º-12.º da PI) e, ainda, o valor elevado das compensações, em violação do princípio da proporcionalidade (ver arts. 123.º e ss da PI). Finalmente, quanto à possibilidade de mistura e de venda em estado puro de biocombustíveis, por parte de um operador como a A..., também o parecer do Professor Sérgio Vasques, requerido pela A... e anexado à PI, concluiu pela violação do princípio da livre circulação de mercadorias (ver artigo 56.º da PI).

97. Ademais, é o próprio TCA que o reconhece: *“a sentença recorrida anulou o referido ato por violação da Diretiva nº 2009/28/CE, por violação do princípio da livre circulação de produtos provindos de Estados Membros da União Europeia, bem como por violação do princípio da igualdade de tratamento entre Estados Membros”* (cfr. página 42 do acórdão).

98. Assim, o TCA parece censurar o facto de não ter sido referido expressamente o artigo 34.º, TFUE, ou de não ter sido invocada a existência de dúvidas de interpretação quanto a tal disposição. Ora, tal constitui uma violação grosseira do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

(...) 158. As questões de direito da UE que suscitam a necessidade de recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial foram suscitadas – pelo menos em substância – ao longo do processo nas instâncias inferiores. Porém, ainda que não o tivessem sido, não deixaria de impender sobre o STA a obrigação de as suscitar *ex officio*».

E, na verdade, como a Autora/Recorrente invoca nas suas alegações do presente recurso de revista (cfr., nomeadamente, conclusões O a U), contrariamente ao ora alegado pela Entidade Ré/Recorrida, não só tinha suscitado, na p.i., a desconformidade da legislação nacional, em que se fundamentou o ato impugnado, com o direito europeu, como o julgamento de procedência da pretensão impugnatória firmado pelo TAF/Braga na sentença de 1ª instância, se fundamentou, entre o mais, nessa desconformidade.

*

IV - DECISÃO

Pelo exposto, **acordam em conferência os juizes da Secção de Contencioso Administrativo deste Supremo Tribunal**, de harmonia com os poderes conferidos pelo art. 202º da Constituição da República Portuguesa, em:

A) Conceder provimento ao presente recurso de revista, interposto pela Recorrente/Autora “A..., S.A.”, **revogar o Acórdão do TCAN recorrido**, e **confirmar o julgamento de procedência da ação** firmado pelo TAF/Braga em 1ª instância, ainda que com fundamentação não totalmente coincidente.

B) Responder de imediato ao TJUE, como solicitado, informando que não se torna necessária a manutenção do reenvio prejudicial operado no âmbito dos presentes autos (“Vapo Atlantic II”, C-413/22), em face do Acórdão “Vapo Atlantic” proferido em 9/3/2023 (C-604/21).

Custas pela Ré/Recorrida.

Notifique-se.

D.N.

Lisboa, 6 de julho de 2023 – Adriano Fraxenet de Chuquere Gonçalves da Cunha (relator) - José Augusto Araújo Veloso – Maria do Céu Dias Rosa das Neves.