

# A Discricionariedade Administrativa e a Deferência Judicial às Agências Reguladoras: Limites e Implicações no Setor de Energia<sup>1</sup>

Ana Beatriz Dias Sousa  
Daniel do Valle,  
Rafael Janiquesr<sup>2</sup>

O fortalecimento das agências reguladoras no Brasil, especialmente a partir da década de 1990, representou uma tentativa de conferir maior estabilidade, previsibilidade e tecnicidade à atuação do Estado em setores estratégicos da economia.

Destaca-se que órgãos como a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), assim como explana a Procuradoria Federal vinculada a essa Agência Reguladora, foram concebidos “dentro outros fatores, para conferir previsibilidade e segurança jurídica ao mercado regulado, tomando o país mais atrativo para investimentos privados. Assim, é preciso garantir que as sinalizações que o regulador oferece aos entes regulados sejam confiáveis, evitando-se comportamentos contraditórios.”

No entanto, o crescente uso da discricionariedade administrativa por parte dessas agências, sobretudo a ANEEL, aliado à deferência judicial a suas decisões, tem gerado debates sobre os limites dessa autonomia.

Não à toa, o setor de energia no Brasil enfrenta constantes críticas sobre decisões da ANEEL que ajustam tarifas ou alteram contratos de concessões, onde há uma forte deferência judicial à independência técnica da agência, mesmo quando esses ajustes impactam diretamente os consumidores e a equidade social.

Conforme preleciona o i. Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade se trata da “margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”. Na mesma linha, Margal Justen Filho afirma que “discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”.

No caso das agências reguladoras, essa margem de atuação é, inclusive, ampliada pelo reconhecimento de sua especialização técnica. No entanto, o problema surge quando essa discricionariedade é tratada como um “manto sagrado”, como alerta José Eduardo Martins Cardozo, encobrendo decisões que podem ser arbitrárias ou mesmo ilegais, sem que haja um controle efetivo sobre o mérito administrativo.

Essa blindagem institucional é reforçada pela chamada deferência judicial, ou seja, a tendência do Judiciário de não revisar decisões técnicas proferidas por órgãos especializados. Como destacado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, “o Poder Judiciário deve atuar, em princípio, com deferência em relação às decisões técnicas formuladas

por órgãos governamentais, máxime em razão da maior capacidade institucional para o equacionamento da discussão”.

Contudo, essa deferência precisa ser equilibrada com o controle judicial e o respeito aos princípios constitucionais, como o da legalidade, da moralidade, da eficiência, e especialmente da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, por um lado, é inegável a importância de preservar a autonomia técnica das agências reguladoras, sob pena de esvaziar sua razão de ser e comprometer a credibilidade e estabilidade do ambiente regulatório. A expertise dessas entidades, acumulada por meio de estudos técnicos, audiências públicas e análises especializadas, deve ser respeitada, inclusive para garantir que decisões públicas não sejam capturadas por interesses políticos ou casuísticos.

Não por outra razão, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) editou o Enunciado nº 20 no âmbito do Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação (FONACRE), no sentido de que “Ao decidir sobre questões regulatórias no setor de energia elétrica, os juizes devem ter em conta os problemas sistêmicos e econômicos que suas decisões podem causar”.

Isso significa que o Poder Judiciário deve agir com cautela, a fim de não causar problemas sistêmicos que podem desvirtuar completamente o setor elétrico, como vêm ocorrendo no caso da Norte Energia S.A., que obteve provimento parcial de seu recurso no Tribunal Regional Federal da 1ª Região para ajustar proporcionalmente o Custo de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) à energia efetivamente escoada pela Belo Monte para o Sistema Interligado Nacional (SIN). Tal decisão já gerou prejuízos estimados em

R\$400 milhões de reais as transmissoras de energia elétrica em apenas cinco meses, podendo alcançar a cifra de R\$400 milhões de reais a transmissoras de energia elétrica em apenas cinco meses, podendo alcançar a cifra de 1 bilhão em um ano.

Por outro lado, não se pode admitir que essa autonomia se converta em um cheque em branco para decisões que, sob o pretexto de tecnicidade, extrapolam os limites da legalidade, da razoabilidade ou do interesse público. A atuação administrativa deve estar sempre subordinada aos valores constitucionais, e o controle judicial, embora deva ser exercido com cautela, não pode ser descartado diante de potenciais abusos ou omissões que afetem direitos de natureza difusa, coletiva ou individual.

Inclusive, em recente entrevista concedida em janeiro de 2025, o ilustre Diretor-Geral da ANEEL, Sandoval de Araújo Feitosa Neto, reconheceu a legitimidade da intervenção judicial, ao afirmar que ela é cabível “na discussão sobre forma, na discussão sobre cumprimento de ritos, nunca sobre a tecnicidade da matéria”. Todavia, ele mesmo admite que “o setor regulado, de uma forma geral, também contribui para essa judicialização, na medida em que, ao não ter os seus pleitos atendidos na agência, recorre ao Poder Judiciário, e muitas das vezes levando discussões técnicas”.

Essa constatação revela a complexidade do tema e a necessidade de uma abordagem equilibrada, que considere tanto a autonomia regulatória quanto a indispensabilidade do controle democrático das decisões administrativas. Afinal, a regulação não pode ser encarada como um fim em si mesma, mas deve sempre estar orientada pelos princípios do Estado Democrático de Direito, visando à efetiva proteção do interesse público e à promoção da justiça social.

---

<sup>1</sup> Artigo publicado no Agência CanalEnergia.. Disponível em:

<https://www.canalenergia.com.br/artigos/53307987/a-discrecionalidade-administrativa-e-a-deferencia-judicial-as-agencias-reguladoras-limites-e-implicacoes-no-setor-de-energia> Acessado em 07.05.2025

<sup>2</sup> Ana Beatriz Dias Sousa, Daniel do Valle, Rafael Janiques são advogados da equipe de Energia do /asbz