

A complexidade como critério implícito de arbitrabilidade nos setores regulados: capacidade institucional e legitimidade da arbitragem administrativa

Complexity as an implicit criterion of arbitrability in regulated sectors: institutional capacity and the legitimacy of administrative arbitration

Ananda Oliveira dos Santos¹

v. 14/ n. 3 (2026)
Julho/Setembro

Aceito para publicação em 16/06/2026.

¹Procuradora Federal na Advocacia Geral da União, Brasília, Distrito Federal, Mestranda em Direito da Regulação pela FGV/RJ, Pós-Graduada em Direito da Infraestrutura, Governança e Regulação pela PUC/Minas e Pós-Graduada em Direito e Advocacia Pública pela UERJ. ORCID: 0009-0006-1829-0757. E-mail: anandaods@yahoo.com.br.

RESUMO: O presente artigo analisa os critérios que justificam a utilização da arbitragem pela Administração Pública em setores regulados. Embora a legislação brasileira admita a arbitragem em controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, sustenta-se que a disponibilidade patrimonial constitui requisito necessário, mas insuficiente, para legitimar a escolha do juízo arbitral. O problema de pesquisa consiste em investigar se a mera busca por celeridade processual é capaz de justificar o deslocamento de controvérsias da jurisdição estatal para a arbitragem. Utilizando metodologia dedutiva, revisão bibliográfica e análise institucional do direito regulatório, o estudo defende que existe requisito implícito de arbitrabilidade relacionado à complexidade técnica, econômica ou regulatória da controvérsia. Conclui-se que a arbitragem produz ganhos institucionais apenas quando a especialização dos árbitros representa vantagem comparativa em relação ao Poder Judiciário. A utilização indiscriminada do instituto em conflitos desprovidos de complexidade compromete sua legitimidade, eleva custos de transação e reduz a eficiência do sistema de resolução de disputas.

Palavras-chave: arbitragem; regulação; capacidade institucional; administração pública; complexidade regulatória.

ABSTRACT: This article examines the criteria that justify the use of arbitration by public administration in regulated sectors. Although Brazilian law allows arbitration in disputes involving disposable economic rights, the paper argues that patrimonial availability is a necessary but insufficient condition for arbitration. The research investigates whether procedural speed alone can justify transferring disputes from state courts to arbitral tribunals. Using a deductive methodology, bibliographical review and institutional analysis, the article argues that there is an implicit arbitrability requirement related to technical, economic or regulatory complexity. The study concludes that arbitration generates institutional gains only when arbitral expertise offers comparative advantages over ordinary courts. Excessive use of arbitration in low-complexity disputes undermines legitimacy, increases transaction costs and reduces the efficiency of dispute resolution systems.

Keywords: arbitration; regulation; institutional capacity; public administration; regulatory complexity.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A expansão da arbitragem envolvendo a Administração Pública constitui um dos fenômenos mais relevantes do direito administrativo brasileiro nas últimas décadas. A consolidação legislativa promovida pela Lei nº 13.129/2015 e a crescente utilização de cláusulas compromissórias em contratos de

infraestrutura revelam a progressiva institucionalização de mecanismos consensuais de resolução de conflitos no âmbito estatal.

O debate jurídico tradicional concentrou-se na compatibilidade entre arbitragem e interesse público. Superada essa discussão, a literatura passou a enfatizar os benefícios associados à redução da litigiosidade, à previsibilidade decisória e à maior rapidez dos procedimentos arbitrais. A celeridade transformou-se, gradativamente, em um dos principais argumentos utilizados para justificar a expansão da arbitragem administrativa. Entretanto, essa fundamentação parece insuficiente, consoante será demonstrado.

Se a velocidade decisória fosse critério bastante para legitimar a arbitragem, tornar-se-ia difícil explicar por que determinadas controvérsias deveriam permanecer submetidas ao Poder Judiciário. A lógica da eficiência temporal conduziria à arbitragem generalizada de todos os conflitos patrimoniais, conclusão incompatível com a própria excepcionalidade do instituto e com a centralidade constitucional da jurisdição estatal.

O problema não consiste, portanto, em saber se a arbitragem é mais rápida. O verdadeiro problema consiste em identificar por que determinadas controvérsias devem ser resolvidas por árbitros e não por juízes. A hipótese defendida neste trabalho é que a resposta deve ser buscada na teoria da capacidade institucional. Sustenta-se que a arbitragem regulatória somente encontra plena justificação quando a natureza da controvérsia demanda expertise técnica, econômica ou regulatória cuja mobilização seja mais eficiente no ambiente arbitral do que na jurisdição ordinária.

2. A DISPONIBILIDADE PATRIMONIAL COMO CRITÉRIO NECESSÁRIO, MAS NÃO SUFICIENTE

A legislação brasileira estabelece como requisito expresso da arbitrabilidade a existência de direitos patrimoniais disponíveis. Embora indispensável, esse critério possui função essencialmente negativa. Ele delimita quais matérias não podem ser submetidas à arbitragem, mas não esclarece quais controvérsias efetivamente devem ser encaminhadas ao juízo arbitral. Essa distinção assume especial relevância nos setores regulados.

Praticamente todas as controvérsias relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, indenizações, investimentos, compartilhamento de infraestrutura ou recomposição de receitas envolvem interesses patrimoniais. Todavia, a simples presença de conteúdo econômico não significa que a arbitragem represente a solução institucionalmente mais adequada.

A disponibilidade patrimonial responde à pergunta sobre a possibilidade jurídica da arbitragem. Não responde à pergunta sobre sua conveniência institucional. É precisamente nesse espaço que emerge a necessidade de critérios adicionais de seleção, conforme veremos.

3. CAPACIDADE INSTITUCIONAL E ESCOLHA DO FORO DECISÓRIO

A teoria da capacidade institucional desenvolvida por Cass Sunstein e Adrian Vermeule oferece instrumental teórico particularmente útil para compreender essa questão. Segundo essa abordagem, as instituições não devem ser avaliadas a partir de padrões ideais abstratos, mas em comparação com as alternativas efetivamente disponíveis. A pergunta relevante não é qual instituição é perfeita, mas qual delas possui melhores condições para decidir determinado problema.

Vale dizer, transposta para o campo regulatório, essa perspectiva desloca o debate da legitimidade formal para a eficiência institucional. A arbitragem não se justifica porque seria inerentemente superior ao Poder Judiciário. Tampouco porque seus procedimentos são mais céleres. Sua justificação decorre da existência de capacidades decisórias específicas capazes de produzir melhores resultados em determinados contextos.

Questões envolvendo modelagens econômico-financeiras sofisticadas, metodologias de cálculo tarifário, engenharia de infraestrutura, avaliação de ativos regulatórios ou repartição de riscos contratuais frequentemente exigem conhecimentos multidisciplinares que transcendem o domínio jurídico tradicional. Nessas hipóteses, a especialização dos árbitros pode representar efetivo ganho institucional.

4. A COMPLEXIDADE COMO FUNDAMENTO MATERIAL DA ARBITRAGEM REGULATÓRIA

Historicamente, a arbitragem desenvolveu-se em ambientes caracterizados pela elevada especialização técnica. O comércio internacional, os contratos marítimos e os grandes empreendimentos de infraestrutura recorreram à arbitragem não apenas pela rapidez dos procedimentos, mas sobretudo pela possibilidade de submeter disputas complexas a julgadores familiarizados com as particularidades do setor. A mesma lógica explica a crescente utilização da arbitragem nos setores regulados.

Controvérsias relacionadas à reversibilidade de bens, compartilhamento de infraestrutura, equilíbrio econômico-financeiro, receitas reguladas ou adaptação de contratos frequentemente demandam conhecimentos especializados cuja aquisição pelo julgador envolve elevados custos cognitivos. Nesses casos, a arbitragem não representa simples substituição procedimental da jurisdição estatal. Ela funciona como mecanismo de mobilização de expertise. A especialização deixa de ser característica acessória e passa a constituir o principal fundamento legitimador do instituto. Por essa razão, sustenta-se que a complexidade da controvérsia opera como verdadeiro requisito implícito de arbitrabilidade em matéria regulatória.

5. O RISCO DA BANALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM

A ausência de critérios materiais para seleção das controvérsias arbitráveis pode produzir distorções relevantes. A primeira delas consiste no aumento injustificado dos custos de transação. Os

procedimentos arbitrais frequentemente envolvem despesas substancialmente superiores às observadas na jurisdição estatal.

A segunda diz respeito à perda de racionalidade institucional. Quando conflitos simples ou juridicamente estabilizados são encaminhados à arbitragem, desaparece justamente o elemento que diferencia o instituto do processo judicial. A terceira relaciona-se à fragmentação da produção decisória.

A excessiva privatização da resolução de disputas regulatórias pode reduzir a formação de precedentes públicos e dificultar a construção de parâmetros interpretativos uniformes para o setor. A arbitragem deixa de funcionar como complemento institucional da jurisdição e passa a atuar como mera alternativa procedimental. Ou seja, o referido resultado enfraquece a legitimidade do próprio instituto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão da arbitragem administrativa exige reflexão mais sofisticada do que a simples exaltação de suas virtudes procedimentais. A disponibilidade patrimonial permanece requisito indispensável para a arbitrabilidade. Contudo, ela não esgota os critérios necessários para justificar a escolha do juízo arbitral.

A análise desenvolvida neste estudo indica que a complexidade técnica, econômica ou regulatória da controvérsia constitui fundamento material capaz de legitimar a arbitragem em setores regulados. Sob a perspectiva da capacidade institucional, a arbitragem revela sua utilidade não pela mera rapidez das decisões, mas pela possibilidade de mobilizar expertise especializada em controvérsias cuja solução demanda conhecimentos multidisciplinares.

Conclui-se, portanto, que a complexidade deve ser compreendida como requisito implícito de arbitrabilidade regulatória, funcionando como parâmetro de racionalização da escolha entre jurisdição estatal e arbitragem.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2022.
SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.
BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.