

CASOS FÁCEIS OU DIFÍCEIS SOB A PERSPECTIVA DO JULGADOR

Orlando Luiz Zanon Junior¹

Resumo: O objetivo deste texto é apresentar, em sede de republicação, os critérios para classificação do grau de dificuldade dos casos judiciais, sob a perspectiva do julgador, considerando as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro. A pesquisa se justifica em razão da importância que a categorização das causas, segundo a sua dificuldade, assume nas discussões envolvendo a teoria da decisão judicial, mormente em um cenário de debates dos limites da penetração da atividade jurisdicional em temas moralmente carregados ou economicamente impactantes, geralmente resolvidos na seara da representação política. Ao final, com base em critérios objetivos, é apresentada uma tabela de classificação da dificuldade de casos, em fáceis (simples massificados e simples padronizados) e difíceis (complexos típicos e complexos trágicos). O presente trabalho foi originalmente publicado como capítulo de livro integrante da coleção de estudos do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito (Doutorado), voltado à linha de pesquisa Principiologia Constitucional, Política do Direito e, atualmente, também Inteligência Artificial. Quanto à metodologia, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo.

Abstract: The objective of this text is to present, for republication, the criteria for classifying the degree of difficulty of legal cases, from the judge's

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Dupla Titulação de Doutorado em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia (UNIPG). Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Juiz de Direito em Santa Catarina. Professor. E-mail: olzjunior@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0220536262700904> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0021-9278>

perspective, considering the peculiarities of the Brazilian legal system. The research is justified due to the importance that the categorization of causes, according to their difficulty, assumes in discussions involving the theory of judicial decision especially in a scenario of debates on the limits of the penetration of jurisdictional activity in morally charged or economically impactful topics, generally resolved in the field of political representation. At the end, based on objective criteria, a classification table of the difficulty of cases is presented, into easy (massified simple and standardized simple) and difficult (typical complexes and tragic complexes). The present work was originally published as a book chapter in the collection of studies of the Postgraduate Program in Legal Science (PPCJ) at the University of Vale do Itajaí (Univali), in the area of Concentration Constitutionalism, Transnationality and Production of Law (Doctorate), focused on the research line Constitutional Principle, Law Policy and, currently, also Artificial Intelligence. As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method.

Palavras-Chave: Teoria da decisão judicial. Casos fáceis. Casos difíceis. Marçal

Keywords: Judicial decision Theory. Easy cases. Hard cases.

Sumário: 1. Introdução 2. A Dificuldade dos Casos Judiciais. 3. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste texto é apresentar os critérios para classificação do grau de dificuldade dos casos judiciais, sob a perspectiva do julgador, considerando as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro.

A pesquisa se justifica em razão da importância que a categorização das causas, segundo a sua dificuldade, assume nas discussões envolvendo a teoria da decisão judicial, mormente em um cenário de debates dos limites da penetração da atividade jurisdicional em temas moralmente carregados ou economicamente impactantes, geralmente resolvidos na seara da representação política.

Sobre o assunto em tela, importa discutir se os critérios para a separação entre problemas jurídicos fáceis e difíceis adotados pela doutrina mais difundida, produzida principalmente no âmbito do *common law* (padrão jurisprudencial ou *judge made legal system*), são passíveis de transplante ao modelo híbrido brasileiro, fortemente influenciado também pelo *civil law* (padrão legislativo ou *code based legal system*).

Adicionalmente, cabe referir a utilidade da separação entre atos deliberativos simples (de reprodução em massa) e complexos (de produção artesanal), para fins de administração da unidade judicial, em um contexto de alto volume de litigância. Com efeito, a majoração do número de provocações periódicas do sistema judicial é um fenômeno global (e mesmo transnacional) que tem provocado a construção de medidas de enfrentamento pelos diversos países. O argumento é no sentido de que a separação dos atos decisórios segundo a complexidade, na perspectiva do órgão julgador, pode auxiliar no gerenciamento da unidade judicial, visando a graus maiores de eficiência, eficácia e qualidade no fornecimento da tutela jurisdicional².

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foram compostos na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.³

Estabelecidos os contornos desta pesquisa científica, cabe anotar que o presente trabalho foi originalmente publicado como capítulo de livro integrante da coleção de estudos do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito (Doutorado), voltado à linha de pesquisa Principiologia Constitucional, Política do Direito e, atualmente, também Inteligência Artificial, bem como empregado em discussões no projeto de pesquisa Fundamentos Axiológicos da Produção do Direito. Notadamente, a questão referente à dificuldade dos casos judiciais é base de variadas discussões da teoria do direito, mormente em se tratando do fenômeno global do protagonismo da jurisdição, recomendando essa republicação revisada, com adição de referências e modificações pontuais.⁴

² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Manual de gestão judicial**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 40-47. E, também, ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; VIEIRA, Camila Roberta Buzzi. **Gestão processual por triagem complexa**. Florianópolis: EMais, 2023. p. 81-82.

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 15 ed. São Paulo: Emais Editora, 2021.

⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. In PIFFER, Carla. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. LOCCHI, Maria Chiara (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**. T. 4. Itajaí: Univali, 2018. p. 190-201.

2. A DIFICULDADE DOS CASOS JUDICIAIS

A classificação dos casos judiciais como fáceis (*easy cases*) ou difíceis (*hard cases*) é constantemente empregada nas discussões sobre a teoria da decisão.

A proposta mais difundida remonta aos trabalhos elaborados por Herbert Lionel Adolphus Hart, considerado um dos expoentes do movimento do Positivismo Jurídico mundial, que tratou de separar as causas passíveis de rápida resolução daquelas que geram maior dificuldade ao julgador.

De acordo com Hart, a resolução dos casos fáceis ocorre mediante raciocínio lógico dedutivo, do tipo *modus ponens*, em que a norma jurídica é a premissa maior e os fatos representam o pressuposto menor, de modo que o resultado correto é expresso como conclusão subsuntiva. Trata-se da solução juspositivista tradicional, em que a norma jurídica tem a forma de um esquema de representação definitivo e preestabelecido, passível de aplicação em cada caso posterior que se apresente perante a jurisdição.

Não se olvida que a norma jurídica assume a forma de um esquema de interpretação formal que, em razão da margem de manobra decorrente da respectiva formulação em linguagem natural, pode ensejar graus de enquadramentos diferenciados. Daí que, mesmo com a preexistência de um padrão de julgamento definido, haveria alguma flexibilidade, que foi chamada de zona de penumbra ou de textura aberta (*open texture*) por Hart⁵ e, de outro lado, indicada como os limites da moldura (*Rahmen*) por Hans Kelsen.⁶ Apesar disto, há um considerável grau de certeza na resolução dos casos fáceis, em razão das amarras fortes que, em tese, seriam proporcionadas pela lógica formal subsuntiva.

⁵ HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 69-70: “Se uma zona de penumbra de incerteza deve envolver todas as regras jurídicas, então sua aplicação a casos específicos na área da zona de penumbra não pode ser uma questão de dedução lógica e, assim, o raciocínio dedutivo, que tem sido festejado por gerações como a própria perfeição do raciocínio humano, não pode servir de modelo para aquilo que os juízes ou, na verdade, qualquer pessoa, deveriam fazer para acomodar casos específicos a normas gerais”.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388: “A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que se aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.

Neste sentido, Kelsen refere que “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’”, haja vista que “isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica”, pois, “em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”.⁷

Contudo, segundo Hart, há um conjunto de casos difíceis, em que não se tem uma norma jurídica clara preestabelecida e, portanto, o órgão julgador gozaria de maior flexibilidade. Nestes casos, de acordo com a linha de pensamento em tela, a zona de penumbra ou textura aberta é extensa, majorando a discricionariedade judicial ao ponto de o magistrado atuar como legislador, para fechar o interstício aberto no ordenamento jurídico. Por isto, foi empregada a expressão legislação intersticial (*interstitial legislation*) para referir a atividade do juiz encarregado de construir a norma jurídica na resolução da situação concreta, diante da ausência de parâmetros suficientes previamente criados pelo legislador formal.⁸

Nestes casos difíceis, Hart explica que “a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer a sua discricionariedade”, porquanto “não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta a priori, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes”.⁹

Diante desta margem de manobra para a resolução dos casos, exacerbada em se tratando daqueles mais difíceis, o neopositivista Luigi Ferrajoli argumentou que o poder jurisdicional sofre de um déficit inescapável de legitimidade, precisamente porque é forçado a criar o padrão de julgamento e aplicá-lo ao caso concreto, ferindo o princípio formal da separação dos poderes, que confere ao legislador a tarefa de fixar previamente os parâmetros de julgamento.¹⁰

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 396.

⁸ HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 118.

⁹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 171.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 249: “A abordagem garantista impõe reconhecer, sob o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política,

De acordo com os argumentos antes expostos, o caso difícil típico, no cenário do common law, é caracterizado pela inexistência de uma regra jurídica clara exposta em um precedente judicial, embora uma norma jurídica com limites linguísticos muito amplos possa também representar uma dificuldade ao julgador. Daí que, de acordo com os autores juspositivistas antes referidos, a dificuldade do caso decorre da maior margem de manobra discricionária conferida ao órgão julgador, que passa a exercer função legislativa para fixar os exatos contornos da norma jurídica resolutive de determinado caso concreto.

O movimento do Pós-positivismo, por sua vez, tratou de expor limites ao exercício da discricionariedade, principalmente mediante a concessão de força deontológica aos princípios morais, que serviriam de critério adicional a ser empregado na resolução dos casos, notadamente naqueles mais difíceis.

Para Ronald Myles Dworkin, as pessoas possuem direitos morais, expressos sob a forma lógica de princípios, que funcionam como trunfos contra arbitrariedades¹¹, sendo indiferente se o sistema já incorporou formalmente estas prerrogativas axiológicas com o fim de serem passíveis de aplicação pelos juízes¹². Com efeito, no seu entendimento, não está em jogo a validade formal dos vetores principiológicos, mas sim sua importância (ou peso) para a resolução da causa concreta¹³. Outrossim, estes princípios

que o poder judiciário sofre de uma margem irreduzível de ilegitimidade política, sendo a verdade processual absolutamente inalcançável e a submissão à lei, na qual reside a sua fonte de legitimação, inevitavelmente imperfeita”.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 414. E, DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 329: “We might say, capturing that idea, that political rights are trumps over otherwise adequate justifications for political action”.

¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 12: “Assim, as diversas correntes de abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos”.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 65-66: “(Parece estranho falar de um princípio como sendo válido, talvez porque validade seja um conceito do tipo tudo ou nada, apropriado para regras, mas incompatível com a dimensão de peso, própria de um princípio)”. E, p. 69: “Desse modo, não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando a regra de reconhecimento, para incluir princípios. Nenhum teste de pedigree que associe princípios a atos que geram legislação pode ser formulado nem seu conceito de direito oriundo do costume, em si mesmo uma exceção à primeira tese do positivismo, pode ser tornado útil sem o abandono integral dessa tese”.

morais merecem ser invocados pelos juízes como motivos determinantes na fundamentação da resolução de casos judiciais, tanto os fáceis como também (e principalmente) os difíceis.¹⁴

De acordo com estas premissas, Dworkin repudia a discricionarieidade judicial, afirmando que cabe ao magistrado invocar os princípios para fechar a interpretação e, assim, identificar a única solução correta de cada causa submetida à jurisdição. Como consequência, o conceito de caso difícil se apresenta interligado com a noção de carga moral, haja vista que, quanto mais intensa a controvérsia acerca do equilíbrio principiológico, conseqüentemente, também maior será a dificuldade para harmonização dos interesses políticos envolvidos.¹⁵

A teoria de Robert Alexy igualmente identifica os casos difíceis em razão da inexistência de uma regra clara que, assim, desloca a atividade judicial para a concordância prática entre os princípios jurídicos abrangidos pela controvérsia. De acordo com este autor, as regras jurídicas funcionam como mandamentos definitivos, razão pela qual sua preexistência facilita a resolução dos casos, porquanto faculta o exercício do raciocínio do tipo subsuntivo, nos moldes já antes expostos¹⁶. Porém, quando não existir uma regra jurídica ou ela aparentemente não se alinhar com o conteúdo constitucional, é necessário se socorrer do segundo plano do sistema jurídico, formado por princípios, que lhe servem de sustentação (estão atrás) e as complementam (estão ao lado).¹⁷

Outrossim, há uma aparente bifurcação funcional na proposta de Alexy, haja vista que, enquanto as regras jurídicas são suficientes para resolução dos casos fáceis, operando por subsunção, os princípios jurídicos são necessários para a resolução das causas difíceis, mediante o esquema

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132-134, em especial p. 133: “Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos cíveis, mesmo em casos difíceis como o da Spartan Steel, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 128-158, em especial, p. 151: “Em seu aspecto descritivo, a tese dos direitos sustenta que, nos casos difíceis, as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas”. E, p. 158: “A tese dos direitos estipula que os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos”.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 65.

de ponderação, segundo a sua lei da colisão.¹⁸ De acordo com esta proposição, novamente, a dificuldade de um caso resulta da sua carga moral, haja vista a necessidade de invocação de postulados voláteis, estruturados como princípios, que funcionam como mandamentos de otimização¹⁹.

Assim, agregando as informações trazidas pelos autores pós-positivistas mencionados, o fator de dificuldade dos casos reside na complexidade da justificação da ponderação dos princípios empregados na construção da norma jurídica resolutiva.

Cabe questionar, todavia, se a descrição da atividade jurisdicional, nos contextos da descoberta (compreensão do caso) e da justificação (fundamentação da resposta)²⁰, contemplaria também outros aspectos que impactam na resolubilidade além da carga moral, a exemplo das versões probatórias, da necessidade de produção de peça específica (ao invés de modelo preestabelecido) ou das possíveis consequências indesejadas previsíveis (e hipotéticas, evidentemente).

Para tratar deste assunto, a Teoria Complexa do Direito (TCD) visualiza o fenômeno decisório como um empreendimento voltado à resolução de cada caso concreto, mediante a construção argumentativa de uma norma jurídica, a qual se vale da reconstrução dos fatos por aproximação (segundo as provas apresentadas) para posterior articulação dos critérios considerados legítimos (conforme o direito aplicável).²¹

De acordo com a referida proposição teórica pós-positivista, o ordenamento jurídico não é composto por um conjunto de normas jurídicas prontas para sua posterior aplicação aos casos futuros. Mais precisamente, o sistema jurídico é visualizado como uma órbita de diversos tipos de critérios

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-99.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90. E ainda ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 85: "A ponderação é a forma característica de aplicação dos princípios".

²⁰ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Do Advogado, 2010. p. 65-66: "A justificação ou fundamentação da interpretação escolhida por argumentos deve ser distinguida do processo real de obtenção do resultado. No primeiro caso, trata-se do processo da justificação (process of justification), no segundo, do processo da descoberta (process of discovery). A justificação é uma atividade argumentativa, a descoberta uma psíquica. Sem dúvida, existem entre ambas as atividades conexões estreitas. No primeiro plano da teoria da interpretação jurídica, contudo, está o procedimento argumentativo. Somente ele é acessível intersubjetivamente e, por conseguinte, revisável objetivamente".

²¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 188-191.

de julgamento formais (texto legislativo, jurisprudência e programas governamentais) e materiais (princípios morais/éticos, doutrina técnica e costumes), os quais podem ser invocados como parâmetros para justificar uma decisão, com graus de eficácia e persuasão diferenciados. Outrossim, cabe ao magistrado, diante de um novo problema submetido à análise judicial, iniciar o empreendimento de construir a respectiva resposta, empregando as fontes disponíveis no ordenamento jurídico orbital.²²

De acordo com esta teoria, é possível argumentar que a dificuldade objetiva de cada caso está intrinsecamente conectada com os fatores que impactam na consecução da atividade intelectual de resolução do caso. Outrossim, além da carga moral envolvida, que é um aspecto influenciador do tempo e do esforço necessários para a resolução de um caso, também as dificuldades decorrentes da produção probatória e da análise das possíveis consequências geram impacto psicológico sobre o magistrado, mormente quando demandam uma maior articulação de justificações, consequentemente carregando a tarefa de produção de uma peça processual resolutive.

Além destes elementos objetivos, por outro lado, cabe referir que inúmeros aspectos subjetivos também interferem na categorização da dificuldade do caso, sob a perspectiva do julgador. Com efeito, a capacitação técnica e a disposição física, por exemplo, são caracteres individuais que certamente se projetam no cálculo da dificuldade, os quais, aqui serão apenas mencionados, porquanto a sua mensuração é consideravelmente complicada.

Feitas estas considerações, cabe anotar que a separação entre casos fáceis e difíceis, de acordo com os critérios objetivos antes expostos (cargas moral, probatória e consequencial) são relevantes para auxiliar na gestão de unidades judiciais, dado que impactam na organização da divisão de tarefas e, outrossim, na administração da produção de peças processuais.

Notadamente, Boaventura de Sousa Santos dirigiu ampla pesquisa voltada ao aperfeiçoamento da distribuição da carga de trabalho judicial, oportunidade em que verificou a utilidade de se separar os processos segundo a baixa ou a alta intensidade da atividade decisória a ser desenvolvida, visando a atingir graus maiores de celeridade e de qualidade.²³ Para ele, os litígios de baixa intensidade dizem respeito aos casos fáceis, em que não há

²² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 198-201.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça: para um novo mapa judiciário**. p. XL.

considerável grau de incerteza sobre os direitos e as obrigações das partes, com reprodução em massa, repetidamente, perante a jurisdição.²⁴ De outro lado, os litígios de alta intensidade representam o oposto, ou seja, os casos difíceis, em que se apresenta margem de dúvida com relação à extensão e/ou qualidade das prerrogativas dos litigantes, inclusive a justificar expectativas diferentes quanto ao resultado.²⁵

Como se pode perceber, o autor português adere aos conceitos de casos fáceis e difíceis também a constatação empírica de que o primeiro tipo se apresenta em maior número e, geralmente, por provocação de um conjunto de litigantes repetitivos, enquanto o segundo tende a se apresentar em menor frequência. Aqui importa destacar as noções já trabalhadas por Marc Galanter, que identificou os litigantes casuais (*one-shotters*) e os jogadores repetitivos (*repeat players*) conforme a necessidade, os recursos e a disposição para questionar atos e políticas perante a jurisdição.²⁶

Considerando isto, o diagnóstico de Santos é no sentido de que “os tribunais portugueses estão, hoje, tal como no princípio da década de 90, muito ocupados com litígios de baixa intensidade com muitos ‘falsos litígios’, com uma criminalidade de ‘massa’; os quais são compostos, principalmente, por ‘crimes de condução de veículo sem habilitação legal e em estado de embriaguez e, no âmbito da justiça cível, intensamente mobilizados por pessoas coletivas (para a cobrança de dívidas), na sua grande maioria litigantes frequentes’; razão pela qual “aquele padrão de colonização e de mobilização do sistema de justiça afeta, naturalmente, o seu desempenho e constitui uma das razões que impede que uma parte da procura potencial, sobretudo dos cidadãos, mas também das empresas, se transforme em procura efetiva do sistema judicial”.²⁷

A leitura do contexto brasileiro não difere, embora os números reflitam também uma considerável litigiosidade. Segundo os dados coletados

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça**: para um novo mapa judiciário. p. 651.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça**: para um novo mapa judiciário. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/A_Geografia_da_Justica_Relatorio.pdf. Acesso em 28.08.2018. p. 652.

²⁶ GALANTER, Marc. **Why the haves come out ahead?** Speculation on the limits of legal change. *Law and Society Review*, V.9, n. 2, p. 96-102, 1974-1975. p. 3-9.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça**: para um novo mapa judiciário. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/A_Geografia_da_Justica_Relatorio.pdf. Acesso em 28.08.2018. p. 651-652.

pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o volume total do acervo atingiu mais de 80 (oitenta) milhões de processos em tramitação no final do ano de 2022, com um crescimento da demanda após a pandemia de Covid-19, ao longo dos anos de 2020, 2021 e 2022.²⁸ A participação dos litigantes repetitivos brasileiros, grupo este integrado principalmente por entes políticos (União, Estados e Municípios), instituições financeiras e prestadores de serviços públicos regulados (telefônicas etc.), por outro lado, no ano de 2018, foi estimada em cerca de 40% (quarenta por cento), ou seja, abrange cerca de 32 (trinta e dois) milhões de feitos pendentes de julgamento, consoante informado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).²⁹

Em razão disto, pode ser relevante estudar a viabilidade de se aplicar no território brasileiro uma das propostas centrais de Santos para o aperfeiçoamento da jurisdição portuguesa, consistente em conferir “tratamento organizacional, tendencialmente diferenciado, dos litígios de baixa intensidade, em especial da ‘litigação de massa’ e de alta intensidade e da pequena e média criminalidade e da criminalidade mais grave”, considerando que “o modelo proposto e as inovações que o integram pressupõem uma circunscrição judicial mais abrangente que possibilite uma gestão de recursos humanos e materiais e uma administração judicial mais flexível e adequada à diferenciação processual dela decorrente”.³⁰

Portanto, resta justificada a utilidade prática da distinção entre casos fáceis (massificados) e difíceis (mais complexos e específicos) também para fins gerenciais, objetivando atingir graus maiores de eficiência, eficácia e qualidade na prestação da tutela jurisdicional.

Em síntese do exposto, adotando como marco teórico a TCD e levando em consideração as constatações de Sousa e Galanter, é possível apresentar quatro graus de dificuldade dos casos, segundo critérios objetivos:

- a) Casos simples massificados, caracterizados por encontrarem soluções uniformizadas no sistema, dependerem de análise de prova simplificada, apresentarem grande incidência numérica e serem

²⁸ CNJ. **Justiça em Números 2023**. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 15.09.2023. p. 92.

²⁹ AMB. **Não deixe a justiça parar**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=B1fMnw0wxOg>>. Acesso em: 20.06.2018.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça**: para um novo mapa judiciário. p. 652-653.

- passíveis de resolução por mera aplicação de modelos de peças judiciais, sem maior tempo de intervenção humana (exemplo: ações de responsabilidade civil por danos morais decorrentes de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito);
- b) Casos simples padronizados, caracterizados por encontrarem soluções uniformizadas no sistema, dependerem de análise de prova mais intensa, apresentarem média incidência numérica e serem passíveis de resolução por mera aplicação de modelos de peças judiciais, com moderado tempo de intervenção humana (exemplo: ações de responsabilidade civil por acidente de trânsito);
 - c) Casos complexos típicos, caracterizados por não encontrarem soluções uniformizadas no sistema, apresentarem considerável carga moral, dificuldade probatória e/ou consequências problemáticas, apresentarem baixa incidência numérica e dependerem da elaboração de peças judiciais de modo artesanal, exigindo investimento considerável de intervenção humana; e,
 - d) Casos complexos trágicos, caracterizados por não encontrarem soluções uniformizadas no sistema, apresentarem considerável carga moral, dificuldade probatória e/ou consequências trágicas incontornáveis na sua integralidade, apresentarem baixíssima incidência numérica (são relativamente raros na literatura) e dependerem da elaboração de peças judiciais de modo artesanal exigindo investimento considerável de intervenção humana.

3. CONCLUSÕES

O objetivo deste texto é apresentar os critérios de classificação do grau de dificuldade dos casos judiciais, sob a perspectiva do julgador, considerando as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro.

A distinção clássica entre casos fáceis (easy cases) e difíceis (hard cases), desenvolvida pela doutrina de perfil juspositivista de Hart e Kelsen, está pautada, principalmente, na necessidade de exercício da margem de discricionariedade conferida ao órgão julgador, situação em que ele passa a exercer função legislativa para fixar os exatos contornos da norma jurídica resolutive de determinado caso concreto e, outrossim, recebe o ônus de apresentar motivação mais extensa. Logo, um caso é difícil em decorrência da inexistência de uma regra jurídica clara exposta em um precedente

judicial, embora uma norma jurídica com limites linguísticos muito amplos possa também representar uma dificuldade ao julgador.

As teorias de autores pós-positivistas como Alexy e Dworkin, por outro lado, agregam a informação de que o fator de dificuldade dos casos reside precisamente na complexidade de justificação da ponderação ou do balanceamento dos princípios empregados para a construção da norma jurídica resolutive. Com efeito, para estes autores, a discricionariedade é limitada por diretrizes principiológicas, cuja articulação demanda fundamentação específica.

De outra margem, a Teoria Complexa do Direito (TCD) descreve o fenômeno decisório como um empreendimento voltado à resolução de cada caso concreto, mediante construção argumentativa de uma norma jurídica, a qual se vale da reconstrução dos fatos por aproximação (segundo as provas apresentadas) para posterior articulação dos critérios considerados legítimos (conforme o direito aplicável). De acordo com esta teoria, a dificuldade objetiva de cada caso está intrinsicamente conectada com os fatores que impactam na consecução da atividade intelectual de resolução do caso, exigindo maior grau (e tempo) de intervenção humana. Outrossim, além da carga moral envolvida, que é um aspecto influenciador do tempo e do esforço necessários para a resolução de um caso, também as dificuldades decorrentes da produção probatória e da análise das possíveis consequências geram impacto psicológico sobre o magistrado, mormente quando demandam uma maior articulação de justificações, conseqüentemente carregando a tarefa de produção de uma peça processual resolutive.

Foi mencionado, ainda, que inúmeros aspectos subjetivos também podem interferir na categorização da dificuldade do caso, sob a perspectiva do julgador. Com efeito, a capacitação técnica e a disposição física, por exemplo, são caracteres individuais que certamente se projetam no cálculo da dificuldade, tendo sido aqui apenas mencionados, porquanto consideravelmente complicada a sua mensuração.

Às características objetivas dos casos fáceis e difíceis foram acrescentadas as considerações de Santos e Galanter, no sentido de que o primeiro tipo se apresenta em maior número e, geralmente, por provocação de um conjunto de litigantes repetitivos, enquanto o segundo tende a se apresentar em menor frequência.

Diante destes critérios objetivos, é possível apresentar a seguinte tabela de classificação da dificuldade de casos:

Casos fáceis (Simples, repetitivos ou easy cases)		Casos difíceis (Complexos, específicos ou hard cases)	
Simple massificados	Simple padronizados	Complexos típicos	Complexos trágicos
Repetitivos com análise simples de prova (solução massificada).	Repetitivos com análise detalhada de prova (solução específica).	Específicos em razão da dificuldade probatória, da carga moral ou das consequências políticas.	Específicos em razão da carga moral trágica ou da dificuldade de desvio de consequências desastrosas.
Alta incidência	Média incidência	Baixa incidência	Raros na literatura
Resolução por aplicação de modelos, com baixa grau de intervenção humana.	Resolução por aplicação de modelo, após análise probatória detida, com grau médio de intervenção humana.	Resolução por construção de argumentação específica, com diálogo entre as fontes jurídica, análise de provas e/ou construção de hipóteses de perspectivas futuras, exigindo investimento elevado de intervenção humana.	Resolução por construção de argumentação específica, com diálogo entre as fontes jurídicas, análise minuciosa de provas e/ou construção de hipóteses de perspectivas futuras, exigindo investimento elevado de intervenção humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMB. **Não deixe a justiça parar**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B1fMnw0wxOg>. Acesso em: 20.06.2018.

CNJ. **Justiça em Números 2023**. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 15.09.2023.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

GALANTER, Marc. **Why the haves come out ahead?** Speculation on the limits of legal change. *Law and Society Review*, V.9, n. 2, p. 96-102, 1974-1975.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 15 ed. São Paulo: Emais Editora, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça: para um novo mapa judiciário**. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/A_Geografia_da_Justica_Relatorio.pdf. Acesso em: 28.08.2018.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. In PIFFER, Carla. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. LOCCHI, Maria Chiara (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**. T. 4. Itajaí: Univali, 2018. p. 190-201.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; VIEIRA, Camila Roberta Buzzi. **Gestão processual por triagem complexa**. Florianópolis: EMais, 2023.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Manual de gestão judicial**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.