

RICARDO PERLINGEIRO¹

Professore Ordinario (*Professor Titular*) della Facoltà di Giurisprudenza della
Universidade Federal Fluminense (UFF)
ricardoperlingeiro@id.uff.br

IL DUE PROCESS PREVIO ALLE DECISIONI AMMINISTRATIVE E LA TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA NEL BRASILE

DUE PROCESS PRIOR TO ADMINISTRATIVE DECISIONS AND EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN BRAZIL²

SINTESE

In considerazione del numero crescente di domande giurisdizionali ripetitive di diritto pubblico, il testo si propone di rivisitare le garanzie del *due process* previo alle decisioni amministrative – sancito nella Costituzione del 1988 –, tra le quali dovrebbe figurare quella dell’effettiva indipendenza delle autorità amministrative. A tal fine, ci si basa su una iniziale prospettiva comparativa tra il modello anglosassone e quello europeo-continentale, per quanto attiene alla protezione per i tribunali di diritti individuali. Appare evidente la preoccupazione dell’autore, alla ricerca di un’adeguata comprensione di tematiche considerate autentici dogmi nell’ambito del diritto brasiliano, quali: la contraddizione tra l’autoesecutività delle decisioni amministrative e l’interesse e la legittimità ad agire in giudi-

¹ Anche Giudice Federale (*Desembargador Federal*) a Rio de Janeiro, Membro dell’*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* nonché dell’Associazione Internazionale di Diritto Processuale. Si ringrazia Maria Izabel Gomes Sant’Anna, Difensore Pubblico Federale e Laureanda nell’ambito del Programma di Laurea Magistrale “Giustizia Amministrativa” della UFF, per la preziosa ricerca giurisprudenziale. Si ringrazia per aver contribuito alla correzione del testo in italiano, Martina Pelella, Studentessa presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Statale di Milano; studentessa “erasmus mundu” presso la Facoltà di diritto della Universidade Federal Fluminense (Niteroi / Rio de Janeiro). Stagista al Tribunale Federale di Rio de Janeiro, in collaborazione con Emarf, Escola da Magistratura Regional Federal Região (Rio de Janeiro).

² Adattamento del testo della conferenza tenuta nell’ambito del Seminario *Perspectivas Comparadas de la Justicia Administrativa*, organizzato dal *Centro de Investigación y Docencia Económicas* (CIDE), a Città del Messico, il 7 febbraio 2014, e dell’intervento congressuale “*Lacunas da lei e violação do devido processo legal administrativo*” (Lacune della legge e violazione del giusto processo amministrativo), tenuto in occasione delle *X Jornadas Brasileiras de Direito Processual* (X Giornate Brasiliane di Diritto Processuale), dell’Istituto Brasiliano di Diritto Processuale, a Campos do Jordão, in data 29 agosto 2014. Testo originariamente pubblicato in portoghese nella *Revista de Processo*. San Paolo: *Revista dos Tribunais*, gen. 239 (2015): 293-331. La versione parziale del presente articolo è stata pubblicata in lingua inglese nella *Revista de Processo*. San Paolo: *Revista dos Tribunais*, 233 (2014): 285-292 e in portoghese nella *Revista CEJ*. Brasília: CEJ, Anno XVIII, n. 62, gen./apr. (2014): 71-78.

zio da parte delle autorità pubbliche contro gli individui; la distinzione tra procedimento amministrativo (dinanzi un'autorità amministrativa senza funzione giurisdizionale) e processo amministrativo extragiudiziale (dinanzi una autorità amministrativa con funzione giurisdizionale) e le sue implicazioni rispetto agli individui nell'ambito del processo giudiziale (dinanzi un giudice con funzione giurisdizionale); l'imparzialità senza un'indipendenza facente capo alle autorità nella conduzione di un processo amministrativo (extragiudiziale), e la sindacabilità dai tribunali del margine di apprezzamento fattivo-scientifico delle decisioni amministrative. L'autore conclude il lavoro sostenendo che costituisce la scelta politica di ogni Stato decidere in quale settore dello stesso e in quale momento (preventivo o posteriore all'inizio degli effetti della decisione amministrativa) la funzione giurisdizionale può essere accentrata, essendo la soluzione di conflitti coerente con lo Stato di Diritto, mediante le decisioni amministrative, dal momento che decorrono da un giusto processo che comprende all'interno altre garanzie. Tra queste garanzie è incluso il diritto di un arbitro con indipendenza effettiva, il quale è dotato di una formazione giuridica, selezionato in modo trasparente e sulla base unicamente di un criterio di qualificazione tecnica, inamovibile dalla funzione di aggiudicazione (salvo per illecito disciplinare). L'arbitro non è subordinato gerarchicamente in base all'attribuzione di decisioni, e non sovrappone le sue attività di aggiudicazione con la funzione investigativa. Il messaggio finale dell'autore prevede la cessazione dell'utilizzo del sistema giurisdizionale tradizionale come riferimento e la ricerca di alternative alla eccessiva conflittualità amministrativa, partendo da una riforma strutturale dell'Amministrazione Pubblica, a cominciare dalla mentalità del funzionario pubblico, che deve essere sempre di più volta alla preminenza dei diritti fondamentali.

ABSTRACT

In view of the increasing number of repetitive judicial actions in public law issues, this text proposes reconsidering the guarantees of administrative due process of law – enshrined in the Brazilian Constitution of 1988 –, among them the effective independence of the administrative authorities, based on a comparative perspective between the Anglo-Saxon and Continental-European models concerning judicial protection of individual rights. The author is visibly concerned with searching for a better understanding of topics that are considered to be established dogmas in Brazilian law, such as the contradiction between the self-enforceability of administrative decisions and the need for the public authorities to initiate judicial actions against individuals; the distinction between the administrative procedure and the (judicial and non-judicial) administrative proceeding and their implications for individuals in court proceedings; impartiality without independence of the authorities in conducting a non-judicial administrative proceeding; scope of judicial review of the utilization of the margin of appreciation of factual/scientific matters in decisions made by public administrative authorities. The author reaches the conclusion that it is a political choice of each State to determine in which branch of government the judicial function should be concentrated and when (before or after the effective date of the administrative

decision). Dispute resolution by administrative decision is compatible with the Rule of Law provided that the relevant decision is the outcome of a proceeding accompanied by guarantees of due process of law including, among others, the right to a truly independent adjudicator, meaning a “judge” with legally training, selected in a transparent manner based exclusively on technical qualifications, immune to arbitrary removal from office (except in case of disciplinary offenses), not being subject to orders from hierarchical superiors affecting the outcome of the decisions, and not simultaneously playing the role of judge and investigator. The author’s final message is that the focus should be shifted from the traditional judicial system to a search for alternative solutions to excessive administrative litigiousness based on a structural reform of public administrative authorities, beginning with the mentality of the civil servants, who should be increasingly committed to fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Giurisdizione amministrativa, procedimento amministrativo, *due process of law*, autorità amministrative indipendenti

KEYWORDS: Administrative jurisdiction, administrative procedure, administrative proceeding, judicial review, due process of law, independent administrative authorities

INDICE: 1. Introduzione –1.1 L’asperata litigiosità amministrativa, in termini di numero e valori, nell’ambito delle corti –1.2 I tentativi, falliti, tesi a ridurre l’eccesso di litigiosità dinanzi ai tribunali –1.3 L’origine della giurisdizionalizzazione amministrativa esasperata dinanzi ai tribunali –1.4 Obiettivi proposti –2. Decisioni amministrative sottoposte a un *due process of law*? –3. *Due process of law* previo rispetto alle decisioni amministrative iniziali? –4. Le autorità competenti e le successive fasi processuali extragiudiziali (processi dinanzi autorità amministrative con funzione giurisdizionale) –5. Il processo amministrativo (extragiudiziale) previo alle domande giudiziali individuali –6. Il processo amministrativo (extragiudiziale) previo e le domande giudiziali delle autorità –7. Il sistema giudiziario brasiliano di giurisdizione unica –8. Leggi processuali civili applicabili a controversie di diritto pubblico –9. Il diritto pubblico secondo la teoria del “soggetto” –10. L’indipendenza delle corti e dei giudici brasiliani –11. Le istanze ammissibili nell’ambito della giurisdizione amministrativa dei tribunali –12. L’intensità della giurisdizione amministrativa dinanzi ai tribunali –13. La riverenza amministrativa (*administrative deference*) dei tribunali nei confronti dell’azione della PA –14. La giurisdizionalizzazione dinanzi tribunali delle politiche pubbliche –15. Le funzioni atipiche del Giudiziario –16. Panorama schizofrenico della giurisdizione amministrativa brasiliana –17. Stato di Diritto: diritti sostanziali, diritti procedurali e organi di garanzia –18. Autorità amministrative indipendenti –19. Quali sono i limiti della protezione giurisdizionale dai giudici, e quale la necessità di giudici specializzati? –20. Come evitare una duplicità di giurisdizioni? –21. L’origine del sistema giudiziario unico negli EUA e il *due process of law* –22. Duplicità di giurisdizioni amministrative in Brasile? –23. La mancanza di effettività del *processo* amministrativo (extragiudiziale) in relazione ai processi amministrativi in sviluppo dinanzi ai tribunali –24. Esempi che si avvicinano all’idea di *due process of law* nella fase extragiudiziale –25. Nuove prospettive per una giurisdizione amministrativa effettiva in Brasile –26. Considerazioni finali –27. Conclusioni

1. Introduzione

1.1 L'esperata litigiosità amministrativa, in termini di numero e valori, nell'ambito delle corti

Il sistema giudiziario brasiliano è profondamente rallentato dall'inflazione dei giudizi pendenti³. È utile mettere in evidenza alcuni dati quantitativi: dagli 83,4 milioni di casi nel 2009, i giudizi pendenti sono divenuti 92,2 milioni nel 2012, un totale, questo, di cui 28,2 milioni (31%) rappresentato da nuove cause, mentre 64 milioni (69%) costituisce il numero di casi pendenti, eredità di anni anteriori. Sempre nel 2012, ogni magistrato ha giudicato, mediamente, 1.450 processi, l'1,4% in più rispetto al 2011. Benché i magistrati si stiano facendo carico di un numero di processi, anno dopo anno, maggiormente cospicuo, l'aumento del totale delle sentenze (1 milione – 4,7%) è stato inferiore all'incremento delle nuove fattispecie (2,2 milioni – 8,4%), il che è sfociato nella risoluzione del 12% di processi in meno rispetto al totale di quelli intentati⁴.

Non v'è modo di precisare la percentuale delle cause che coinvolgono autorità pubbliche, peraltro si stima che si tratti della maggior parte, stazionando su valori superiori al 50%. Vi sono quattro dati che conducono a tale conclusione: (i) nel 2012, su un totale di 64 milioni di processi pendenti, provenienti da annate andate, il 39,9% era rappresentato dall'esecuzione di fronte a tribunali di decisioni amministrative sopra diritto tributario (*execuções fiscais*)⁵, mentre, nel 2013, dei 66,7 milioni di processi pendenti, il 41,4% consisteva in esecuzioni giudiziarie tributarie⁶; (ii) negli ultimi 20 anni, nel 90% del totale di processi in corso presso il Supremo Tribunale Federale / STF (Corte Costituzionale), si registra la presenza di autorità pubbliche come una delle parti in causa; (iii) dei 693 processi dall'ampia ripercussione in corso presso il STF, ben 498, pertanto il 71%, verteva su questioni di diritto pubblico (diritto amministrativo, tributario e previdenziale)⁷; (iv) dei 721 ricorsi dall'effetto ripetitivo presso il Superiore Tribunale di Giustizia / STJ (Corte suprema), 360 afferiscono alla sfera del diritto

³ Le espressioni “Giudiziario”, “giudiziale” e “giurisdizionalizzazione” si riferiscono a giudici e tribunali che nel Brasile detengono giurisdizione e competenza analoga ai giudizi amministrativi italiani.

⁴ Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ). *Justiça em números* (Giustizia in numeri): 2013 (anno base 2012). (Brasília: CNJ, 2013).

⁵ Ibid.

⁶ Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ). *Justiça em números* (Giustizia in numeri): 2014 (anno base 2013). (Brasília: CNJ, 2014).

⁷ FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELHES, *Relatório Supremo em números: o múltiplo supremo* (Relazione Suprema in numeri: il multiplo supremo). (Rio de Janeiro: FGV, 2011).

pubblico, ciò corrispondendo, pertanto, al 50% del totale⁸.

Per quanto concerne i processi che presentano coinvolgimento di autorità amministrative, l'insoddisfazione affiora da tutte le parti. Gli interessati lamentano i ritardi nella decisione l'assenza di qualsivoglia effettività nelle decisioni giudiziali, specialmente per quanto attiene alla loro qualità e all'esecuzione forzata di determinazioni e misure cautelari contro autorità pubbliche. Dal canto loro, le autorità lamentano che i giudici interferirebbero indebitamente nei poteri discrezionali, ledendo in siffatta maniera il principio di separazione dei poteri, ed, inoltre, affermano che essi tenderebbero a proferire decisioni giudiziali senza considerare che le autorità amministrative debbono ottemperare al principio di trattamento equo ed egualitario in relazione a tutti gli interessati, anche qualora non si tratti dell'attore⁹.

1.2 I tentativi, falliti, diretti a ridurre l'eccesso di litigiosità dinanzi ai tribunali

Quale risposta a questi motivi di insoddisfazione si propongono la copertura di posti per nuovi giudici e funzionari pubblici, programmi di formazione e qualificazione, l'ampliamento di installazioni materiali (tra le quali le sedi) e, più recentemente, i sistemi elettronici, promuovendo una tendenza all'introduzione di strumenti virtuali nei processi e negli atti processuali¹⁰. In parallelo, il legislatore è frequentemente chiamato ad adeguare le norme processuali relative alle controversie, specialmente ove coinvolgano il diritto pubblico o controparti pubbliche. Si sottolinea, infine, che si parte dalla premessa per cui il problema fa capo al sistema giudiziario vigente, per quanto concerne la sua organizzazione e le normative processuali corrispondenti.

Invano.

Nel 2012, l'importo complessivo delle spese del Potere Giudiziario è stato di, approssimativamente, R\$ 57,2 miliardi, con un incremento pari al 7,2% rispetto all'anno precedente. Proporzionalmente, le spese crescono in maniera maggiormente accentuata rispetto alla litigiosità. Mentre le spese sono aumentate del 24,7% tra il 2009 e il 2012, per quanto attiene alla litigiosità si è registrato il

⁸ Tribunale Superiore di Giustizia del Brasile (*Superior Tribunal de Justiça*). *Processos submetidos ao rito dos Recursos Repetitivos do STJ* (Processi sottoposti al rito dei Ricorsi Ripetitivi del STJ).

⁹ Cfr. Equipe ADV, "SUS: interferência de juizes na saúde gera divergências" (l'interferenza di giudici nella sanità dà luogo a divergenze). *COAD*, 27 aprile 2009.

¹⁰ Consultor Jurídico (CONJUR). "CNJ disponibiliza manuais ensinados a usar o PJe" (CNJ rende disponibili manuali che insegnano a utilizzare il PJe). *Revista Consultor Jurídico* (Rivista Consulente Giuridico), gen. 2014.

13,1% di incremento, relativamente ai nuovi casi¹¹. In termini generali, pur col rafforzamento della struttura delle corti a livello di sostegno offerto per ciò che concerne personale e materiale, si riscontra un'incapacità di dirimere le cause, proporzionalmente, in linea coi medesimi livelli di spesa a cui s'è fatto fronte¹².

Il Legislatore è alla costante ricerca dell'effettività del processo, con relativa diminuzione delle formalità, agevolazione e incremento della flessibilità dei procedimenti, estensione dei poteri facenti capo ai giudici, il che, in talune fattispecie, rende maggiormente difficoltoso l'accesso alla giustizia, mentre, in altri casi, lo amplia. Con l'obiettivo di evitare processi ripetitivi, la legislazione processuale ha, nel corso degli ultimi anni, istituito procedimenti giudiziali ispirati nel *legal precedent* della teoria dello *stare decisis*, i precedenti vincolanti (*súmula vinculante*), e nel tedesco *Musterverfahren*, il ricorso con effetto ripetitivo (*recurso com efeito repetitivo*) e il ricorso con effetto generale (*recurso com efeito geral*)¹³.

Peraltro, come si può vedere, non si ribalta il crescente quadro di controversie giudiziali. Purtroppo, si susseguono senza risultati apprezzabili da oltre un decennio i dibattiti nel Parlamento Nazionale, ovvero sin dalla riforma del Potere Giudiziario, sfociata nella Legge Costituzionale n. 45¹⁴. Lo stesso può dirsi per quanto concerne le recenti modifiche apportate alla legislazione processuale.

1.3 L'origine della giurisdizionalizzazione amministrativa esasperata

¹¹ Cfr. Consiglio Nazionale di Giustizia, *Justiça em números* (Giustizia in numeri): 2013 (anno base 2012).

¹² Ibid.

¹³ Di seguito, una serie di strumenti processuali istituiti recentemente al fine di evitare il fenomeno delle domande ripetitive: Precedente Vincolante (Legge n° 11.417, del 19 dicembre 2006), Giudizio immediato di inammissibilità (Art. 285-A del CPC), Giudizio per campionatura del ricorso straordinario e speciale (Art. 543-B e 543-C del CPC), Adibizione di organo indicato dallo statuto interno per il giudizio (Art. 555, comma 1° del CPC), Sospensione di sicurezza per varie ingiunzioni in casi ripetitivi (Art. 4°, comma 8°, della Legge n° 8.437, del 30 giugno 1992 e Art. 15, comma 5°, della Legge n° 12.016, del 7 agosto 2009). In merito al Precedente Vincolante, cfr. M. R. O. de SOUZA, "A relação entre precedente judicial e súmula vinculante". Dissertação de bacharel em Direito (La relazione tra precedente giudiziale e precedente vincolante. Dissertazione di laureando in Giurisprudenza). Università Statale di Maringá, Maringá, 2009. Circa il processo esemplare del diritto tedesco, cfr. H.J. BLANKE, "Demandas Repetitivas na Jurisdição Administrativa Alemã" (Domande Ripetitive nella Giurisdizione Amministrativa Tedesca) in *Seminário Demandas Repetitivas na Justiça Federal* (Seminario Domande Ripetitive nella Giustizia Federale). vol. 29, 1.ed. (Brasília: Consiglio di Giustizia Federale, 2014), 67-82.

¹⁴ Cfr. R. JANOT. "Lentidão da Justiça onera Estado e prejudica sociedade" (Lentezza della Giustizia onera lo Stato e reca pregiudizio alla società). *Revista Consultor Jurídico* (Rivista Consulente Giuridico), giu. 2014. Cfr. R. PERLINGEIRO, "Considerações sobre a reforma do Poder Judiciário" (Considerazioni sulla riforma del Potere Giudiziario). *Revista CEJ*, vol. 23 (2003): 73-76.

dinanzi ai tribunali

In effetti, considerando l'origine delle controversie, ci si rende conto che ve ne sono parecchie che avrebbero potuto essere risolte ancor prima di venire condotte in giudizio. Prendiamo in considerazione due esempi utili a comprendere la causa del fenomeno della giudizializzazione esacerbata: da una parte, le decisioni amministrative restrittive di diritti individuali, tra le quali le esecuzioni fiscali giudiziali promosse da autorità contro privati, e, dall'altra, le decisioni che vertono su richieste di un dovere di prestazione facente capo ad autorità pubbliche, come nel caso, ad esempio, di istanze giudiziali individuali contro autorità, le quali si fondano, sostanzialmente, sull'applicazione di norme (amministrative, legali, secondarie, costituzionali e convenzionali).

In Brasile, l'esecuzione di decisioni amministrative di diritto tributario è stata considerata attribuzione esclusiva dei tribunali (riserva di giurisdizione)¹⁵. Non si ammette che l'autorità stessa esegua le proprie decisioni tributarie, a dispetto della palese contraddizione che emerge, in relazione alla natura esecutoria degli atti amministrativi¹⁶.

Nonostante proposte legislative tese ad attenuare la giudizializzazione dell'esecuzione fiscale facciano sovente capolino nel Parlamento Nazionale, non ve n'è stata, sinora, alcuna che si sia mostrata in grado di produrre risultati¹⁷. Si

¹⁵ Si veda la Legge sulle Esecuzioni Fiscali (Legge n° 6.830, del 22 settembre 1980). In Argentina, con decisione del 15 giugno 2010, la Suprema Corte ha riconosciuto l'incostituzionalità dell'esecuzione amministrativa (Art. 92 e ss. della Legge di procedimento tributario / Legge argentina n° 11.683, del 13 luglio 1998), sulla base del fondamento della lesione al principio della separazione dei poteri.

¹⁶ Per quanto concerne l'autoesecutività di decisioni amministrative condannatorie al pagamento in contanti: nel diritto tedesco, comma 249 ss. del Codice Tributario Tedesco (*Abgabenerdnung / AO*); in Spagna, art. 95 del Regime Giuridico delle Amministrazioni Pubbliche e del Procedimento Amministrativo Comune (della legge spagnola n° 30, del 26 novembre 1992); in Colombia, art. dal 98 al 101 del nuovo Codice di Procedimento Amministrativo e Contenzioso Amministrativo (Legge n° 1.437, del 18 gennaio 2010); Messico, art. 145 del Codice Federale Tributario; Cile, art. 3 della Legge n° 19.880, del 22 maggio 2003 sulle Basi dei Procedimenti Amministrativi; nella Repubblica Dominicana, art. 69, comma primo, del Codice Tributario; in Venezuela, all'art. 79 della Legge Organica sui Procedimenti Amministrativi.

¹⁷ Recentemente, i Progetti della Legge n° 5.080/2009 e 5.081/2009. Cfr. L. GRECO et al., "Esboço de anteprojeto de lei sobre a execução contra a Fazenda Pública" (Bozza di pre-progetto di legge sull'esecuzione contro l'Erario Pubblico), in *Cadernos IBDP Reformas Legislativas* (Quaderni IBDP Riforme Legislative), org. da Petrônio Calmon Filho, vol. 5 (Brasília: Istituto Brasiliano di Diritto Processuale, 2008), 65-66. Si comprende "processo amministrativo extra-giudiziale" come un processo difronte autorità amministrative con funzione giurisdizionale;

teme che l'attuale mancanza di una struttura istituzionale atta a promuovere un processo amministrativo extragiudiziale effettivo¹⁸ finisca per dar luogo a un incremento delle impugnazioni giudiziali¹⁹.

Il risultato di questo problema è che nel 2012, si registravano 25 milioni di esecuzioni fiscali pendenti nelle corti brasiliane, ciò corrispondendo al 39,9% di tutti i processi in corso²⁰.

Per quanto attiene al secondo esempio, riguardante le istanze individuali fondate sull'applicazione o interpretazione delle norme (amministrative, legali, secondarie, costituzionali e convenzionali), è comune che gli interessati sentano dire, presso i vari sportelli delle autorità amministrative, che le loro pretese sono legittime, e che certamente, intentando processo giudiziale, ne usciranno vincitori, sebbene, direttamente, quella stessa autorità non decida da dar soddisfazione alla pretesa.

Ciò si spiega in quanto le autorità non sentono di godere dell'indipendenza necessaria a mettere in pratica l'attuale nozione del principio di legalità (imperio della legge), che non si limita più alla sottomissione ad una legge in senso stretto, estendendosi a principi e norme costituzionali e convenzionali di non univoca interpretazione ed identificazione²¹.

“processo amministrativo giudiziale”, come un processo di fronte tribunali con funzione giurisdizionale; e “procedimento amministrativo”, condotto da autorità amministrative senza funzione giurisdizionale.

¹⁸ Si comprende “processo amministrativo extragiudiziale” come un processo di fronte autorità amministrative con funzione giurisdizionale; “processo amministrativo giudiziale”, come un processo di fronte tribunali con funzione giurisdizionale; e “procedimento amministrativo”, condotto da autorità amministrative senza funzione giurisdizionale.

¹⁹ M. de VASCONCELLOS, "Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz" (Ministri del STJ sono contrari all'esecuzione fiscale senza giudice). *Revista Consultor Jurídico* (Rivista Consulente Giuridico), 8 giu. 2012. Si veda, altresì, Fernanda Duarte, "A execução é uma questão de justiça?" (L'esecuzione è una questione di giustizia?). *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* (Rivista della Sezione Giudiziaria di Rio de Janeiro), vol. 13 (Rio de Janeiro, 2005): 45-58. Cfr. inoltre: Maria Fernanda Erdelyi, "Proposta de execução fiscal da Fazenda é alvo de críticas" (Proposta di esecuzione fiscale del Tesoro è bersaglio di critiche). *Revista Consultor Jurídico* (Rivista Consulente Giuridico), nov. 2007.

²⁰ Si veda: Consiglio Nazionale di Giustizia, *Justiça em números: 2013* (ano base 2012).

²¹ Cfr. R. PERLINGEIRO, "A codificação do direito à informação na América Latina" (La codificazione del diritto all'informazione in America Latina). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A & C*, anno 14, n. 56 (Belo Horizonte: Editora Forum, apr./giu. 2014), 209-227. Analizzando il tema, Restrepo giunge alla conclusione per cui «a partire dalla magnitudine del congestionamento della giurisdizione amministrativa, si può stabilire che, in essa, le disfunzioni nella transizione e nella definizione dei procedimenti amministrativi hanno un peso significativo, principalmente in ragione dell'assenza di un'applicazione integrata dei principi costituzionali che definiscono l'esercizio della funzione amministrativa e della mancata applicazione di regole semantiche chiare nella redazione degli atti amministrativi» (RESTREPO MEDINA, "Incidencia de

Dinanzi all'illegittimità di una decisione amministrativa ovvero all'incostituzionalità di una legge o al suo contrasto con convenzioni costituzionali o comunque imperative, l'autorità amministrativa preferisce venire condannata dall'autorità giudiziaria anziché assumere la responsabilità di dare applicazione diretta e immediata alle norme superiori o agire rimuovendo la decisione illegittima. Fatte salve le esecuzioni fiscali, sono queste le domande che rappresentano la maggior parte delle istanze giudiziali ripetitive di diritto pubblico.

1.4 Obiettivi proposti

Alla luce delle questioni menzionate, appare realmente opportuno che la ricerca di soluzioni per l'eccesso di giudizializzazione smetta di avere quale fulcro e centro dell'attenzione il sistema giudiziario, dovendosi invece rivolgere alla struttura delle autorità amministrative, in modo che queste ultime godano di legittimazione e dei poteri necessari a garantire la tutela di diritti fondamentali. È questo il proposito che mi prefiggo per quanto riguarda il presente testo.

A tal fine, in queste pagine, mi occuperò del disegno istituzionale e processuale del sistema che richiederebbe, in Brasile, a una giurisdizione amministrativa, sia nella fase preparatoria delle decisioni amministrative che in quella successiva, innanzi ad autorità e corti, avendo quale riferimento i *Five Models of Administrative Adjudication* di Michael Asimow²².

2. Decisioni amministrative sottoposte a un *due process of law*?

L'Art. 5, LIV e LV della Costituzione Federale del 1988 ha innovato, l'ordinamento giuridico brasiliano, con l'introduzione della clausola del *due process of law*, applicabile non più solamente ai processi (giudiziali), come si deduce, *in verbis*: «nessuno sarà privato della libertà o dei propri beni senza che vi sia *due process*

las disfunciones de los procedimientos administrativos en la congestión de la justicia administrativa colombiana: análisis y propuestas de solución" (L'incidenza del cattivo funzionamento dei procedimenti amministrativi nella congestione della giustizia amministrativa colombiana: analisi e proposte di soluzione), in *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas* (Sistemi di garanzie dei cittadini di fronte alle amministrazioni pubbliche), coordinato da Pulito; RESTREPO MEDINA (Madrid: Iustel, 2010), 38-39, 51).

²² M. ASIMOW, "Five Models of Administrative Adjudication". *Forthcoming* vol. 63, *American Journal of Comparative Law* (2015).

of law, e ai litiganti, in campo processuale (giudiziale) o processuale-amministrativo extragiudiziale²³, e in generale a tutti gli imputati, vengono assicurati il contraddittorio e l'ampia difesa, coi mezzi e le risorse ad essa inerenti»²⁴.

La legge generale sui *processi* amministrativi (extragiudiziali), legge n. 9.784 del 1999, esplicita le garanzie del *due process of law* applicabili alle decisioni: diritto di petizione e diritto di difesa; diritto al contraddittorio; diritto al doppio grado di giurisdizione; diritto alla difesa tecnica e diritto alla gratuità; principio dell'informalità; principio dell'ufficialità; principio della buona fede processuale; principio di imparzialità; e principio della durata per tempo ragionevole, legittimato a sua volta da espressa previsione costituzionale (art. 5° LXXVIII).

Tuttavia, a dispetto del riconoscimento del principio di imparzialità, non esiste, all'interno della legislazione brasiliana, la previsione di prerogative personali e istituzionali che garantiscano una certa dose di indipendenza alle autorità pubbliche e ai suoi agenti, nel momento in cui vengono investiti della funzione di dirimere *processi* amministrativi (extragiudiziali).

La portata di un *due process of law* nel procedimento amministrativo, precedente ed indipendente dall'eventuale processo giurisdizionale, non è forse stata sufficientemente soppesata dal diritto amministrativo brasiliano. In rotta di collisione con la cultura europea-continentale dei *procedimenti* amministrativi, radicati in sistemi giudiziari dalla doppia giurisdizione, la Costituzione brasiliana, così come il diritto statunitense, ha imposto un *processo* (extragiudiziale) in campo amministrativo, che funge da premessa per una giurisdizione nella sfera amministrativa (extragiudiziale) che negli USA, peraltro, convive con un *judicial review* limitato e con un sistema giudiziario di giurisdizione unica²⁵.

²³ Sopra le espressioni “processo amministrativo giudiziale” e “processo amministrativo extragiudiziale” e “procedimento amministrativo” vedere la spiegazione nella nota 18.

²⁴ Circa il vincolo indissolubile intercorrente tra la clausola del *due process of law* e il diritto al contraddittorio e all'ampia difesa nel processo amministrativo (extragiudiziale), cfr. O. MEDAUAR, *A processualidade no direito administrativo* (La processualità nel diritto amministrativo). 2.ed. (San Paolo: Malheiros, 2008), 83.

²⁵ Si veda, a tal proposito, ASIMOW, "Five Models of Administrative Adjudication". CASSAGNE allerta circa la gravità dell'errore iniziale di interpretazione riguardo alla portata delle fonti costituzionali e rispettive basi storiche, per quanto attiene al sistema giudiziario unico nei Paesi ibero-americani, in relazione al modello nordamericano (J. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Madrid: MarcialPons, 2009), 71).

3. Due process of law rispetto alle decisioni amministrative?

Il *processo (extragiudiziale)* a cui la Costituzione brasiliana fa riferimento dev'essere previo alla decisione amministrativa²⁶, non essendo sufficiente che si manifesti mediante l'interposizione di un ricorso o di una richiesta di riesame²⁷. È quanto si deduce dall'idea di *due process of law*, che comprende, tra l'altro, il diritto ad una seconda istanza²⁸.

²⁶ A tal proposito, cfr. Corte Suprema Federale del Brasile (Supremo Tribunal Federal - STF), RE 594.296/MG (sentenza del 21 settembre 2011); Corte Suprema Federale del Brasile, RE 674.663/SP (sentenza del 28 agosto 2012); Corte Suprema Federale del Brasile, RE 469.247/MG (sentenza del 17 febbraio 2012). Il precedente più datato del Corte Suprema Federale del Brasile è il RE 22.961/DF (sentenza del 3 settembre 1953), e tratta del funzionario a tempo determinato assunto a mezzo concorso. La determinazione sancisce che non ne è possibile il licenziamento senza che vi sia previo procedimento amministrativo. Il caso è stato giudicato nel 1953.

²⁷ Nel RMS 31.661/DF (sentenza del 10 dicembre 2013), il Corte Suprema Federale del Brasile ha invalidato l'atto amministrativo che aveva sospeso beneficio di impresa in quanto non era stato osservato procedimento amministrativo previo, non supplendosi all'illegittimità attraverso la possibilità di ricorso. Dal voto proferito dal relatore, Min. G. MENDES: «[...] In altre parole, non soddisfa il diritto di difesa della parte ricorrente la mera opportunità di impugnare, mediante ricorso, l'atto che ha annullato un beneficio precedentemente concesso, nemmeno qualora a ciò si aggiunga l'esame, attento ed esauriente, delle ragioni della difesa, presentate in occasione di questa impugnativa».

²⁸ Cfr. C. L. A. ROCHA, "Princípios Constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro" (Principi Costituzionali del processo amministrativo nel Diritto brasiliano). *Revista de Informação Legislativa* (Rivista di Informazione Legislativa), vol. 34, n. 136 (ott./dic. 1997), 22. Si veda altresì Corte Suprema Federale del Brasile, RMS 26.029/DF (sentenza del 11 marzo 2014). Nella stessa direzione: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 1ª Regione (Tribunal Regional Federal da 1ª Região-TRF1), AMS 2003.32.00.001789-6/AM (pubblicato il 14 dicembre 2007); Tribunale Regionale Federale brasiliano della 1ª Regione, REO 1998.01.00.040163-2/RR (pubblicato il 24 marzo 2000); Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2ª Regione (Tribunal Regional Federal da 2ª Região-TRF2), APELRE 447594 (pubblicato il 21 agosto 2009); Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2ª Regione, AMS 9102079615 (pubblicato il 25 novembre 1993). Peraltro, ammettendo il diritto al doppio grado esclusivamente nei processi giudiziari con doppio grado di giurisdizione (in un processo penale), quale corollario del giusto processo, si vedano i seguenti precedenti della Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Caso Oscar Enrique Barreto Leiva v. Venezuela* (sentenza del 17 novembre 2009); Commissione Interamericana dei Diritti Umani, *Caso Reinaldo Figueredo Planchart v. Venezuela* (sentenza del 13 aprile 2000). Sul diritto a un ricorso contro decisione condannatoria (che abbia sovvertito una decisione di assoluzione), non trattandosi solamente del diritto a una doppia istanza, si veda il *Caso Carlos Alberto Mohamed v. Argentina* (sentenza del 23 novembre 2012): «la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención».

Inoltre, i vantaggi di un processo (extragiudiziale) previo alla adozione della decisione sostanziale appaiono evidenti: tra le altre cose, si sottolinea la diminuzione di impugnazioni *a posteriori* nella misura in cui le decisioni amministrative sorgono già dopo che si siano affrontate le argomentazioni degli interessati.

Mi riferisco alle decisioni amministrative restrittive di diritti individuali, per cui il “processo” (extragiudiziale) viene instaurato d’ufficio da parte dell’autorità, diversamente da quanto accade nel caso delle decisioni adottate nell’ambito di un’istanza amministrativa di prestazione amministrativa, su iniziativa dell’interessato, in cui il conflitto si instaura esclusivamente nell’eventualità di una decisione che gli causi gravame.

Tuttavia, non trattandosi di una regola chiaramente sancita a livello legislativo, la giurisprudenza brasiliana tende ad assumere un orientamento opposto, ovvero quello favorevole a una convalida giudiziale degli errori *processuali* della sfera amministrativa (extragiudiziale), accontentandosi della tesi secondo la quale gli interessati o le autorità pubbliche possono sopperire ad essi qualora vi sia l’opportunità di agire o di difendersi giudizialmente²⁹.

In effetti, relegare il processo alla tappa successiva a quella della decisione amministrativa sarebbe maggiormente comprensibile in un sistema di *procedimenti* amministrativi, in cui si verificherebbe una delle due situazioni tratteggiate di seguito: (i) o il procedimento non si indirizza alla risoluzione di conflitti tra interessi individuali e interessi pubblici (come nella fase iniziale di istanza avente ad oggetto un dovere di prestazione, istanza, questa, che può essere concessa), (ii) o, benché il procedimento faccia riferimento ad una situazione litigiosa *ab initio* (come nel caso di procedimenti destinati a una qualsiasi decisione restrittiva), o che sia divenuta litigiosa (come nella fase successiva alla decisione, in una richiesta amministrativa), si manifesta quale procedimento dotato di natura essenzialmente inquisitoria, senza che vi sia un impegno pieno rispetto alle garanzie del *due process of law* e, in ragion di ciò, senza che lo si possa considerare intriso di qualsivoglia vocazione giurisdizionale, come è invece tipico del diritto amministrativo europeo continentale.

²⁹ Si veda Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2ª Regione, AC 2003.51.03.002508-3 (sentenza del 16 dicembre 2008): «[...] benché la sentenza e, ora, la decisione aggravata abbiano riconosciuto irregolarità nell’atto amministrativo che ha raddoppiato gli alimenti da versare alla compagna, per ciò che afferisce alla mancanza di notifica alla vedova, detta irregolarità è stata pienamente superata nel passare attraverso l’investigazione condotta dal Potere Giudiziario, non sussistendo pertanto qualsivoglia impedimento alla convalida del suddetto atto».

A proposito, l'attribuzione di effetto sospensivo automatico all'impugnazione delle decisioni amministrative restrittive di diritti individuali e la "riserva giudiziale" per la loro esecutività, possono essere associate a un'alternativa alla mancanza di *processo* amministrativo (extragiudiziale) previo alle decisioni amministrative in taluni sistemi europei fondati sul regime dei procedimenti amministrativi, così come in alcuni sistemi latino-americani³⁰.

³⁰ Circa l'effetto sospensivo automatico delle decisioni amministrative mediante azione giudiziale, si veda l'art. 47 del Codice Modello Euro-Americano di Giurisdizione Amministrativa (R. PERLINGEIRO & K.P. SOMMERMANN, *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction*: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions (Codice Modello Euro-Americano di Giurisdizione Amministrativa). (Niterói: Editora da UFF, lug. 2014)). Nel diritto amministrativo brasiliano, costituiscono esempi di effetto sospensivo automatico, mediante impugnazione amministrativa (stragiudiziale): Art. 33 a 56 del Decreto n° 70.235, del 6 marzo 1972 (Processo Amministrativo Tributario); Art. 33 e 48 della Legge n° 8.443, del 16 luglio 1992 (Legge Organica del Tribunale dei Conti dell'Unione); Art. 109, comma 2° della Legge n° 8.666, del 21 giugno 1993 (Legge sulla gara d'appalto); Art. 128, comma 2° del Decreto n° 6.514, del 22 luglio 2008 (Processo Amministrativo Federale Ambientale); Art. 202-B, 308, 337, comma 13° del Decreto n° 3.048, del 6 maggio 1999 (Regolamento della Previdenza Sociale); Art. 21-A, comma 2° della Legge n° 8.213, del 24 luglio 1991 (Piani di Benefici della Previdenza Sociale); Art. 212, comma 1° della Legge n° 9279, del 14 maggio 1996 (Proprietà Industriale). Sulla riserva giudiziaria per quel che attiene all'esecutività delle decisioni amministrative, si rimanda all'art. 19, comma unico, del Codice Modello dei Processi Amministrativi – Giudiziale e Stragiudiziale – per l'Ibero-America (Grinover et al., "Codice Modello dei Processi Amministrativi", 360-383). Esempi di "riserva giudiziaria" quale condizione per l'esecutività delle decisioni amministrative: (i) esecuzione fiscale (Legge n° 6.830); (ii) ispezione domiciliare (Art. 5° XI della Costituzione brasiliana); (iii) intercettazione telefonica: la giurisprudenza distingue l'intercettazione telefonica dalla violazione della riservatezza di dati telefonici. Solo l'intercettazione si inquadrebbe nell'ambito della riserva di giurisdizione. La violazione della riservatezza di dati telefonici sarebbe possibile via CPI (Corte Suprema Federale del Brasile, MS 23.639, sentenza del 16 novembre 2000); (iv) violazione della riservatezza di dati bancari e finanziari (Art. 5° X e XII della Costituzione brasiliana): la giurisprudenza maggioritaria ritiene che solo il Potere Giudiziario e le Commissioni Parlamentari possano violare la riservatezza di dati bancari e finanziari (Corte Suprema Federale del Brasile, MS 22.801, sentenza del 17 dicembre 2007). Tuttavia, l'art. 7° della Legge n° 8.021, del 12 aprile 1990 e l'art. 6° della Legge Complementare n° 105, del 10 gennaio 2001 ammettono l'accesso, da parte dell'autorità amministrativa, ai dati degli amministrati. Processi riferentisi alla questione in oggetto sono: Corte Suprema Federale del Brasile, Ripercussione Generale nel RE 601.314 (sentenza del 22 ottobre 2009); Corte Suprema Federale del Brasile, ADI 2.390 (sentenza del 24 febbraio 2016); (v) la demolizione per violazione delle norme ambientali è prevista all'art. 19 del Decreto n° 6.514, del 12 luglio 2008. Sulla base della disposizione legale dell'articolo, la sanzione della demolizione sarebbe *lautoeseguibile*, osservandosi il diritto al contraddittorio e all'ampia difesa. Peraltro, in caso di rischio imminente di aggravio del danno ambientale, o qualora sussistano gravi rischi per la salute, la demolizione potrebbe avere luogo all'atto dell'ispezione (Art. 112 del Decreto n° 6.514). Ai sensi del disposto del comma 3° dell'art. 112, la demolizione durante il controllo non potrebbe essere operata su edificazioni residenziali. Per tale ragione, il Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile (Superior Tribunal de Justiça-STJ) ha ritenuto esservi riserva giudiziale Resp 1.217.234 (sentenza del 11 agosto 2013). Nell'ambito del giudizio del Resp 1.246.443/PR (sentenza del 23 agosto 2011), è stata riconosciuta la controversia inerente all'autoesecutività dell'atto amministrativo per demolizione di immobili e, perciò, si è ammesso l'interesse ad agire da parte dell'Amministrazione nel senso di dar seguito all'azione giudiziale in cui è stata richiesta la demolizione dello stabile (Superiore Tribunale di

4. Le autorità competenti e le successive fasi processuali extragiudiziali (processi dinanzi autorità amministrative con funzione giurisdizionale)

In un processo (extragiudiziale) destinato alla preparazione di decisioni amministrative restrittive di diritti, l'autorità amministrativa non dovrà attuare simultaneamente da entrambe le parti, accusa e giudizio. Si tratta della stessa logica del diritto processuale penale: il giudice che investiga sarà affetto da una certa parzialità nel dirimere la causa³¹.

Peraltro, in assenza di una legge che disciplini la questione, le autorità amministrative brasiliane continuano ad accumulare funzioni investigative e decisionali³². Al cospetto di un *processo* (extragiudiziale) amministrativo, dotato delle

Giustizia del Brasile, Resp 1.246.443, sentenza del 23 agosto 2011); (vi) disoccupazione di immobile occupato irregolarmente: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 4ª Regione (Tribunal Regional Federal da 4ª Região-TRF4), Appello in MS 96.04.62285-4, sentenza del 1 dicembre 1997). In senso inverso: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 5ª Regione (Tribunal Regional Federal da 5ª Região-TRF5), AC 200584000065869 (sentenza del 8 novembre 2005); (vii) sequestro di veicolo e merci, venendo meno la riserva giudiziale previa: Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, Recurso Especial 1.104.775/RS (sentenza del 24 giugno 2009). Nella stessa direzione: Corte Suprema Federale del Brasile, ADI 395 (sentenza del 17 maggio 2007).

³¹ L.F. GOMES, "Juiz que investiga não pode julgar" (Giudice che investiga non può giudicare). *JusBrasil*. 2010.

³² Alcuni esempi di come la questione sta essendo analizzata dalla giurisprudenza brasiliana: (i) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 17.231/RS (sentenza del 20 novembre 2013). Si trattava di procedimento amministrativo ispettivo contro giudice federale. Il magistrato che aveva sottoscritto la decisione iniziale proponendo l'instaurazione del processo amministrativo nella condizione di Investigatore si è dichiarato sospetto per partecipare al rispettivo giudizio, giacché si troverebbe in quel caso ad esercitare, in una certa maniera, un doppio ruolo: quello consistente nell' "accusare" e quello consistente nel "giudicare". Ha, esso, messo in risalto che «a quanto pare, potrebbe esservi vizio di nullità qualora avesse preso parte al giudizio». Anzi, è opportuno sottolineare che la Risoluzione n° 135, del 13 luglio 2011, del Consiglio Nazionale di Giustizia, disponendo in merito all'uniformizzazione di norme relative al procedimento amministrativo disciplinare applicabile ai magistrati, circa il rito e le penalità, ha sancito all'art. 14, comma 8°: «Non potrà essere relatore il magistrato che abbia diretto il procedimento preparatorio, benché non sia più l'Investigatore». Peraltro, il semplice fatto di non essere più relatore non risolve, in sé, la questione, dal momento che pure il relatore giudica. (ii) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 14.959/DF (sentenza del 23 febbraio 2011). Il relatore ha statuito che «il processo amministrativo sfociato nel licenziamento dell'attore è stato instaurato in ragione delle denunce fatte dall'allora Deputato Statale Carlos Minc, e la sua pena è stata applicata dall'autorità massima dell'organo, Ministro dell'Ambiente, che, all'epoca del secondo procedimento amministrativo, era esercitato dal denunciante. (...) A dispetto delle adduzioni secondo le quali l'autorità avrebbe agito attenendosi al principio di imparzialità nell'emettere ingiunzione di licenziamento, i fatti dimostrano, come minimo, l'esistenza di impedimento diretto facente capo all'autorità giudicante nel procedimento amministrativo disciplinare, così come le sue manifestazioni hanno evidenziato interesse per il risultato del giudizio». (iii) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 14.958/DF (sentenza del 12 maggio 2010).

garanzie del *due process of law*, si imputa tale inconsistenza alla tendenza del diritto brasiliano a vincolarsi ad un *procedimento* amministrativo inquisitorio, tipicamente europeo continentale, la cui tradizione rimette al sistema della doppia giurisdizione del periodo dell'Impero, che pare sfidare la Costituzione del 1988.

In merito alla richiesta di riesame della decisione amministrativa iniziale, il suo apprezzamento farà capo al medesimo rappresentante dell'autorità che l'ha adottata³³. In effetti, l'istanza di riesame non configura un ricorso *stricto sensu* e, perciò, almeno in linea di principio, si stabilisce che venga definita dallo stesso rappresentante che aveva adottato la decisione impugnata. L'eccezione sarebbe costituita dalle decisioni adottate a fronte di richiesta di un dovere di prestazione, in cui la statuizione iniziale, qualora sia di diniego, rappresenta lo spartiacque del conflitto tra interesse privato e interesse pubblico. In questo caso, la richiesta di riesame parrebbe una pretesa che dovrebbe essere definita da un'autorità o dal rappresentante di autorità che fosse realmente autonomo rispetto a colui che aveva proferito la prima decisione.

Per quel che concerne i ricorsi propriamente contro le decisioni amministrative o quelle adottate a fronte di richieste di riesame, vengono condotti in ambito interno dalla stessa autorità, da parte di un rappresentante diverso da quello che aveva deciso originariamente, intercorrendo tra di loro, peraltro, una relazione di gerarchia disciplinare³⁴. Un ricorso significa una nuova *chance* e, allora, si dovrebbe rimandare la domanda ad un'altra istanza, in modo che il ricorso stesso fosse trattato e giudicato da autorità, o rappresentante di autorità, autonomi in relazione a colui che aveva deciso in prima battuta.

5. Il processo amministrativo (extragiudiziale) previo alle domande giudiziali individuali

La tutela giudiziale di diritti nei confronti delle autorità amministrative è assicurata dall'art. 5° XXXV della Costituzione, *in verbis*: «da legge non escluderà dalla sfera di apprezzamento del Potere Giudiziario lesione o minaccia a diritto».

Tale clausola costituzionale viene interpretata nel senso secondo cui potrebbe non esservi un *processo* amministrativo (extragiudiziale) quale condizione per una domanda giudiziale³⁵.

³³ Art. 56, comma 1, della Legge n° 9.784, del 29 gennaio 1999.

³⁴ Art. 56, comma 1, della Legge n° 9.784/99.

³⁵ Sulla richiesta amministrativa previa, si rimanda all'esaustivo lavoro svolto da I.S. D'ALESSANDRI FORTI, in FORTI, "Acesso desnecessário ao poder judiciário como óbice ao acesso à justiça: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da administração pública

È, però, necessario evitare di confondere “processo amministrativo (extragiudiziale) previo” con “richiesta amministrativa previa”³⁶.

Al contrario delle relazioni di diritto privato che coinvolgono l'Amministrazione, nel campo del diritto pubblico è obbligatoria una istanza amministrativa previa per poter intentare domanda giudiziale riferentesi a determinati doveri di prestazione facenti capo alle autorità.

Sono esempi di situazioni in cui la richiesta previa diviene obbligatoria: diritti di partecipazione per l'accesso a incarichi, beni e servizi pubblici; diritti del lavoratore (funzionario pubblico), diritti sociali, quali salute, dimora e benefici previdenziali; diritti il cui esercizio, in forza di legge, dipende da licenza o autorizzazione del potere pubblico (licenza ambientale, costruzione, consigli professionali).

In linea generale, diritti che, per poter essere rivendicati giudizialmente, dipendono da una previa richiesta, sono quelli il cui esercizio risulta condizionato alla dimostrazione di fatti che si trovano alla portata, e all'interno della sfera di disponibilità dell'interessato, e che implicano un dovere di prestazione istituito in virtù e sulla base di decisioni amministrative.

Pertanto, la richiesta amministrativa è uno strumento degli elementi costitutivi del diritto individuale stesso, in modo che una eventuale controversia o lesione al diritto verrebbe in essere solo a seguito di determinazione amministrativa di diniego nei confronti della richiesta fatta pervenire, o dinanzi a un comportamento dell'autorità amministrativa esplicante medesimo effetto pratico di un diniego.

A proposito, costituiscono condotte equiparabili a un diniego: (i) una richiesta amministrativa che permanga priva di riscontro entro tempi ragionevoli³⁷,

para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores" (Accesso non necessario al potere giudiziario quale impedimento all'accesso alla giustizia: la (im)prescindibilità della richiesta previa nei confronti della Pubblica Amministrazione per la caratterizzazione dell'interesse processuale ad agire, secondo la visione dei tribunali superiori). Dissertazione (Laurea Magistrale in Diritto Processuale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università dello Stato di Rio de Janeiro, Prestato in agosto 2011.

³⁶ Si veda Corte Suprema Federale del Brasile, RE 631.240/MG (sentenza del 3 settembre 2014).

³⁷ Circa l'inosservanza di un termine ragionevole equiparata a diniego della richiesta e apertura della via del ricorso o di quella giudiziale, si veda l'art. 8° III del Codice Modello dei Processi Amministrativi (Giudiziale e Stragiudiziale) per l'Ibero-America (Ada Pelegrini Grinover et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – Rivista Elettronica di Diritto Processuale, vol. X, n. 10, Rio de Janeiro (2012), 360-383). Nello stesso senso, FORTI, "Acesso desnecessário ao poder judiciário como óbice ao acesso à justiça: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da administração pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores", «[...] i termini fissati in legge per la conclusione dei procedimenti ammini-

strativi sono ragionevolmente stretti - certamente più del tempo medio impiegato per l'espletamento di un processo - e, qualora il termine scada senza che vi sia un qualsivoglia riscontro, ciò rappresenterà, già di per sé stesso, violazione del diritto dell'amministrato, per cui quest'ultimo risulterà autorizzato ad adire legittimamente le vie giudiziali». Sugli effetti dell'omissione amministrativa, non solo effetti negativi (equiparando l'omissione a una decisione di diniego), ma anche effetti positivi, con annotazioni relative al diritto comparato: a questo proposito, cfr. A. SADDY, *Silêncio administrativo no direito brasileiro* (Silenzio amministrativo nel diritto brasiliano). 1.ed. (Rio de Janeiro: Forense, 2013), 249. Si veda inoltre D. H. ACHEM, "Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo" (Procedimenti amministrativi rivendicativi di diritti sociali: dovere di decidere entro un termine ragionevole vs. silenzio amministrativo). *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C* (Rivista di Diritto Amministrativo & Costituzionale - A&C), anno 14, n. 56, (Belo Horizonte: Editora Fórum, apr./giu. 2014), 147-175. In una prospettiva distinta in relazione alle lungaggini del procedimento amministrativo instaurato d'ufficio per imporre misure restrittive di diritti individuali, si veda (i) Corte Suprema Federale del Brasile, MS 28.003/DF (sentenza del 8 febbraio 2012), riguardo al procedimento amministrativo disciplinare contro un giudice, «in questo contesto, il CNJ può fissare un termine non inferiore a quello legalmente previsto, di 140 giorni [60 giorni (Art. 152 della Legge n° 8.112) + 60 giorni (Art. 152 della Legge n° 8.112, che ammette la possibilità di proroga del termine per la conclusione del PAD) + 20 giorni (termine entro il quale l'amministratore competente è tenuto a dirimere il PAD, *ex vi* dell'art. 167 della Legge n° 8.112)], entro cui gli Ispettorati locali debbono appurare i fatti giunti a conoscenza dell'organo stesso, avocando a sé le fattispecie in caso di inosservanza immotivata del lasso temporale; senza qualsivoglia pregiudizio per l'accertamento della responsabilità dell'organo di controllo locale; b) Protrarsi non ragionevole nella conduzione, da parte del tribunale locale, di processo amministrativo, con rischio di prescrizione; c) Assenza di quorum per la delibera, per rimessione sulla base di legittimo sospetto, di(?) impedimenti o cariche di magistrato del Tribunale». (ii) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 13.356/DF (sentenza del 11 settembre 2013), si è sancita l'inaccettabilità del fatto che «un procedimento amministrativo rimanga sospeso per quasi 5 anni (dal 5.9.2002 al 6.3.2007) senza che la Pubblica Amministrazione porti a termine la propria attività, a pena di lesione dei principi costituzionali di ragionevolezza, efficienza e razionalità». Nell'ipotesi di specie, venne riconosciuta la prescrizione della punizione amministrativa. (iii) Il Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile ha trattato la questione della possibilità di fruizione dei crediti dell'IPI generatisi in ragione del principio di non cumulatività. Siccome non esiste previsione legale alcuna in merito all'incidenza della correzione monetaria, la giurisprudenza, di norma, non ammette qualsivoglia incidenza da parte di suddetta correzione. Peraltro, qualora l'Amministrazione dovesse tardare oltre 360 giorni, oppure dovesse opporsi al riconoscimento del credito dell'IPI in via amministrativa, risulterà ammissibile azionare il Potere Giudiziario e, in virtù del ritardo nel riconoscimento del credito, vi sarà, allora, incidenza della correzione monetaria. Il termine di 360 giorni, quale parametro, è stato ritirato dalla giurisprudenza dall'art. 24 della Legge n° 11.457, del 16 marzo 2007. Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, Aggravio Statutario nel REsp 1.343.550/PR (sentenza del 4 aprile 2013). Nello stesso senso: Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, REsp 1.138.206/RS (sentenza del 9 agosto 2010). (iv) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 13.545/DF (2008/0099246-5) (sentenza del 29 ottobre 2008) - cinque anni di indugi per addivenire al giudizio. Il Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile ha ritenuto che «[...] 3. Sebbene la Legge n° 10.059/2002, che ha disciplinato l'art. 8° dell'ADCT/88, non stabilisca un termine minimo affinché le richieste di amnistia siano apprezzate dal Ministro di Stato della Giustizia e dalla commissione che lo coadiuva, la PA non potrà avvalersi di tale omissione legislativa per prorogare indefinitamente l'esito finale di postulazioni analoghe alla presente. 4. Sulla stessa linea dell'orientamento sottoscritto dalla 3ª Sezione del Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, l'autorità che agisce coattivamente deve giudicare definitivamente la richiesta formulata dall'attore entro il termine di 30 (trenta) giorni, prorogabile per eguale periodo, a patto che ciò risulti espressamente motivato, in conformità a quanto stabilito dall'art. 49 della Legge n° 9.784, applicato in via sussidiaria». Una

anche per quanto concerne istanze urgenti; (ii) una richiesta che risulti *ab initio* inevitabilmente destinata al diniego, come nel caso di istanze contrarie all'applicazione o interpretazione di legge sancita sulla base di un orientamento emesso dall'autorità gerarchicamente superiore a quella adita, nel caso di specie³⁸.

In tale contesto, solamente a seguito di decisione di diniego opposto a istanza amministrativa, con la promozione di ricorso amministrativo (extragiudiziale), s'ammette, tecnicamente, che si parli di processo amministrativo quale mezzo di risoluzione di controversie. Sino al momento in cui non venga a configurarsi una qualsivoglia determinazione di diniego, è preferibile adottare l'espressione «procedimento amministrativo».

In senso contrario, per ciò che attiene a poteri pubblici che implicano doveri facenti capo all'interessato, le decisioni amministrative restrittive di diritti individuali debbono essere proferite nell'ambito di un processo amministrativo (extragiudiziale) che s'instaura *ex officio*. Alla stregua del processo penale, il potere "accusatorio" si presume conflittuale, e combattuto, sin dall'inizio, dall'interessato. Inoltre è, *ab initio*, dovere delle autorità quello di astenersi dal dare avvio a qualsivoglia indebita attuazione, che possa condurre alla restrizione di diritti individuali; risultano quindi impugnabili, in qualsiasi momento, da parte degli interessati, le attuazioni pregresse e preparatorie di decisioni amministrative, restrittive dei loro diritti.

Si sa che è data facoltà agli interessati di far valere le proprie ragioni, in contrapposizione all'azione amministrativa, a mezzo di una duplice via processuale, ciò configurando, peraltro, due strumenti giuridici autonomi e distinti: esi-

volta di più, il Giudiziario non ha definito la questione di fondo, avendo invece obbligato l'Amministrazione a decidere. (v) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 15.598/DF (sentenza del 28 settembre 2011). L'istanza si pone, quale obiettivo, quello di sanare l'omissione del Ministro di Stato della Giustizia in merito all'emissione del decreto ingiuntivo, sancendo il diritto, facente capo all'attore, di ottenere indennizzo economico, sulla base di un piano di rate mensili, permanente e continuativo, originato dalla sua condizione di beneficiario di pensione da amnistia politica: «[...] Sulla base dei precedenti del Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, s'impone la concessione della certezza al fine di determinare che l'autorità che agisce coattivamente proferisca, entro il termine di 60 (sessanta) giorni, decisione nell'ambito del procedimento amministrativo della parte attrice, ai sensi del diritto».

³⁸ CASSAGNE mette in risalto la decisione, alquanto paradigmatica, della Sala Costituzionale della Corte Suprema di Giustizia della Costa Rica, nell'ambito del caso "Fonseca Ledesma", in cui il ricorso amministrativo previo è equiparato ad una pretesa consistente nel voler "estrarre acqua da un pozzo vuoto", nella misura in cui gli organi superiori difficilmente vengono a modificare le decisioni provenienti da organi di rango inferiore (J.C. CASSAGNE, "El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia", in *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, org. da P. ABERASTURY; H.J. BLANKE (Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 2012), 75).

ste, infatti, la possibilità di agire innanzi all'autorità amministrativa stessa, attraverso il processo amministrativo (extragiudiziale); l'alternativa è, invece, quella di adire un tribunale, muovendo pertanto il Potere Giudiziario, dando il via a un processo (giudiziale).

L'accesso alle corti per esaurimento previo del processo amministrativo (extragiudiziale) dev'essere considerato una mera facoltà facente capo all'interessato. Tuttavia, benché detta facoltà venga esercitata, s'ammette l'accesso alla giustizia ogniqualvolta dovessero sorgere situazioni equiparabili a un diniego anticipato di domanda individuale: l'inosservanza della durata del processo (extragiudiziale) entro i limiti di una tempistica ragionevole, e una domanda individuale dall'effetto giuridico preteso che trascenda i poteri decisionali dell'autorità.

6. Il processo amministrativo (extragiudiziale) previo e le domande giudizionali delle autorità

Per quanto concerne la proponibilità di domande giudiziali da parte dell'autorità, nell'ambito del diritto pubblico, non vi dovrebbe, in linea di principio, essere qualsivoglia interesse ad agire per instaurare un giudizio, ciò perché le azioni poste in essere dalle autorità pubbliche, precedute da processo amministrativo (extragiudiziale), hanno quale proprio attributo quello d'essere autoesecutive³⁹.

³⁹ Sull'autoesecutività amministrativa, e circa l'assenza di azione giudiziale da parte delle autorità (mancanza di interesse ad agire giudizialmente), si veda: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 5ª Regione, Appello Civile n° AC520230 (sentenza del 26 luglio 2012); AC470464/PB (sentenza del 24 agosto 2013); AC 533.100/RN (sentenza del 24 aprile 2012); AC 502.241/RN (sentenza del 8 febbraio 2011); AC 381.740/PB (sentenza del 1 dicembre 2011); AC 485.785/PE (sentenza del 19 novembre 2009); AC 542.694/PB (sentenza del 26 giugno 2012). Si veda, altresì: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2ª Regione, APELRE 483.998 (sentenza del 27 settembre 2010); Tribunale Regionale Federale brasiliano della 5ª Regione, AC 292.304/PB (sentenza del 15 dicembre 2003) e Tribunale Regionale Federale brasiliano della 4ª Regione, AC 200970080005827 (sentenza del 16 dicembre 2009). Peraltro, in senso contrario, suffragando la tesi della persistenza dell'interesse processuale, appare opportuno mettere in risalto il giudizio del Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, REsp 859.914/PB (sentenza del 25 maggio 2010): «4. Le ipotesi di eccezione alla norma risultano ristrette a situazioni espressamente menzionate nella Carta Repubblicana, e meritano un'interpretazione di carattere restrittivo (Corte Suprema Federale del Brasile, ADI 2139, sentenza del 13 maggio 2009). Pertanto, l'esercizio del diritto di azione dev'essere compreso in modo da ampliarne l'effettività. 5. L'interesse ad agire risulta caratterizzato, giacché il provvedimento è utile, trattandosi della demolizione di uno stabile sito in area di preservazione permanente e necessaria, dal momento che solamente le decisioni del Potere Giudiziario ostentano le caratteristiche della definitività e imparzialità». Alla stessa stregua, nel caso della disoccupazione del Jardim Botânico, a Rio de Janeiro, il Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2ª Regione ha ritenuto esservi interesse processuale (AC 335.562, sentenza del 29 ottobre 2009).

Ammettere domande giudiziali riconvenzionali o autonome di autorità amministrative rappresenta una misura certamente eccezionale. Risulta ammissibile solo nel caso in cui, a dispetto dell'esistenza di un processo amministrativo (extragiudiziale), l'esecutività delle decisioni amministrative o la fase preparatoria stessa della decisione dipendano, in forza di legge, dall'esperimento della via giudiziale. Vale la pena menzionare, a tal proposito, taluni esempi: esecuzione esattoriale, violazione della riservatezza, domanda giudiziale di improbità amministrativa (*ação de improbidade administrativa*).

Qualora la legge permetta che la fase preparatoria di una decisione amministrativa abbia luogo innanzi a un giudice, il processo amministrativo (extragiudiziale) previo verrà allora a configurare, nella sua essenza, una mera opportunità per le autorità amministrative⁴⁰. Tuttavia, nel caso in cui la legge deleghi al giudice esclusivamente la fase esecutiva, ciò significa che il processo amministrativo (extragiudiziale) continuerebbe a occupare un ruolo di spicco e, in linea di principio, non dovrebbe essere sostituito giudizialmente⁴¹.

Per quanto riguarda le pretese delle autorità nei confronti di interessati, nel campo del diritto privato, il processo amministrativo (extragiudiziale) previo non è necessario, fatto salvo il caso in cui risulti previsto dalla legge, e con la finalità di costituire decisioni esecutive⁴². Inoltre, c'è da dire che è solamente nell'ambito del diritto privato che le autorità si rivolgono liberamente al Giudiziario, come fossero un ente privato.

Benché, nel diritto pubblico, non paia ragionevole immaginare autorità disposte a spogliarsi dei propri poteri d'imperio e ricorrere alla via giudiziale agendo come un ente privato, in casi estremi, di totale inefficienza della struttura amministrativa, non sarebbe possibile supporre diversa soluzione.

7. Il sistema giudiziario brasiliano di giurisdizione unica

In Brasile, la giurisdizione facente capo ai tribunali, per quanto riguarda controversie di diritto pubblico, non è autonoma in relazione alla giurisdizione inerente a controversie di diritto privato; si tratta, invero, di una giurisdizione

⁴⁰ Cfr. Legge di Improbità Amministrativa (Legge n° 8.429, del 2 de giugno 1992).

⁴¹ Cfr. Legge di Esecuzioni Tributarie (Legge n° 6.830, del 22 de settembre 1980).

⁴² Cfr. Art. 39, comma 2° della Norme Generali di Diritto Finanziario per l'elaborazione e il controllo delle previsioni di spesa e dei bilanci dell'Unione, degli Stati, dei Comuni e del Distretto Federale (Legge n° 4.320, del 17 marzo 1964), sul concetto di credito non tributario, implicante relazioni di diritto privato, per effetto di costituire titolo esecutivo (Art. 39, comma 5°).

unica, specchiantesi nel modello statunitense, e in vigore in Brasile sin dal 1891⁴³.

Questo sistema giudiziario unico, comprensivo di giurisdizione di diritto pubblico e giurisdizione di diritto privato, simultaneamente, convive con taluni organi giudiziari dalla competenza specializzata. La giurisdizione degli Stati membri della Federazione brasiliana si fa carico delle controversie amministrative in Stati e Comuni; a quella Federale, invece, fanno capo diatribe che rientrano nell'ambito della sfera federale dell'Amministrazione. Si tratta di due gradi di giurisdizione che corrispondono a due istanze, con le corti d'appello: i tribunali di giustizia statali (*Tribunais de Justiça*) e i tribunali regionali federali (*Tribunais Regionais Federais*). Il Tribunale Superiore di Giustizia (*Superior Tribunal de Justiça*) è una corte suprema, situata a Brasília, ed è dotato di organi giurisdizionali specializzati in diritto pubblico.

È importante sottolineare che la creazione della Giustizia Federale in Brasile non presenta qualsivoglia relazione con il principio federativo, e nemmeno col modello nordamericano, le cui istituzioni sono motivo d'ispirazione per il costituzionalismo repubblicano brasiliano. La giustizia Federale giudica, invero, casi di interesse delle autorità amministrative federali, ciò potendo rappresentare l'indizio di una tendenza del diritto brasiliano a proseguire mantenendosi culturalmente vincolato al sistema della doppia giurisdizione esistente all'epoca dell'Impero, sotto l'influenza del diritto amministrativo francese, sistema il quale, seppur inconsciamente, pare resistere tutt'oggi.

8. Leggi processuali civili applicabili a controversie di diritto pubblico

Come è naturale per i sistemi giudiziari appartenenti al modello di *common law* di giurisdizione unica, le controversie di diritto pubblico risultano sottoposte a norme processuali di diritto privato, con particolare riferimento a quelle del Codice di Procedura Civile. Il problema è che, in Brasile, non esiste una struttura amministrativa previa rispetto alla controversia giudiziale, la quale sia specializzata, come nel caso dei *administrative judges* nell'ambito del *judicial review* statunitense, il che, in una certa maniera, compenserebbe l'assenza di leggi e corti giudiziarie specializzate in diritto pubblico.

⁴³ Cfr. R. PERLINGEIRO & L. GRECO, "A jurisdição administrativa no Brasil" (La giurisdizione amministrativa in Brasile), in *Código de jurisdição administrativa, o modelo alemão - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)* (Codice di giurisdizione amministrativa, il modello tedesco - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)), a cura di R. PERLINGEIRO; H.J. BLANKE; K.P. SOMMERMANN, 1.ed. (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 61-76.

Oltre a ciò, nel diritto brasiliano, le poche norme e leggi processuali specifiche relative a domande giudiziali di diritto pubblico tendono a privilegiare le autorità, come avviene, ad esempio, nel caso di quelle che fissano termini processuali giudiziali differenziati a loro favore, o che prevedono ricorsi *ex officio* ogniqualvolta la decisione dovesse essere contraria all'autorità⁴⁴.

9. Il diritto pubblico secondo la teoria del “soggetto”

A proposito, in ragione della tendenza ad attrarre la competenza specializzata degli organi giudiziari nonché regole processuali differenziate, si suole adottare, in Brasile, un criterio soggettivo per quanto attiene alla nozione di diritto pubblico, ovvero, si assoggettano a leggi processuali e ad organi giudiziari specializzati le controversie in cui sia parte in causa un'autorità amministrativa, indipendentemente dal fatto per cui il rapporto giuridico *sub iudice* abbia natura di diritto pubblico o di diritto privato⁴⁵.

La legislazione processuale brasiliana considera raramente il carattere di “autorità” degli atti posti in essere in nome di un potere pubblico; un unico esempio in tal senso è quello dell'azione giudiziale del cosiddetto *mandado de segurança*⁴⁶. Tale atteggiamento del legislatore brasiliano, influenzato dal sistema giudiziario di giurisdizione unica (giudici civili atti a dirimere cause vertenti sul diritto pubblico) e preceduto da un dubbioso *processo* amministrativo (extragiudiziale), dà il là a una certa confusione e a distorsioni, conducendo, non raramente, all'applicazione di principi di diritto pubblico in situazioni tipicamente di diritto privato, e viceversa⁴⁷.

10. L'indipendenza delle corti e dei giudici brasiliani

⁴⁴ Sui privilegi processuali (giudiziali) delle autorità amministrative, cfr. R. PERLINGEIRO, "Princípio da isonomia e a Administração Pública em Juízo" (Principio dell'isonomia e Pubblica Amministrazione in Giudizio). *Revista de Informação Legislativa* (Rivista di Informazione Legislativa) vol. 43, n. 169, (Brasília-DF: Senado Federal, gen./mar. 2006), 7-12.

⁴⁵ Art. 100 e 109 della Costituzione brasiliana; Art. 191 e 730 del Codice di Procedura Civile (Legge n° 5.869, del 11 gennaio 1973).

⁴⁶ Trattasi di istituto giuridico, previsto dall'ordinamento brasiliano, atto a tutelare diritto liquido e certo, non protetto da *Habeas Corpus* o *Habeas Data*, il quale risulti negato o minacciato da un'autorità pubblica, o da diverso ente nell'esercizio di attribuzioni proprie del potere pubblico.

⁴⁷ Cfr. R. PERLINGEIRO, "A falta de compreensão na distinção entre direito público e direito privado, e seus reflexos na jurisdição" (La mancanza di comprensione circa la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e riflessi di ciò sulla giurisdizione), in *Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil* (Nuove prospettive per la giudizializzazione della salute in Brasile). *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, n. 333 (Braga/Portugal: Univesidade do Minho, 2013), 519-539.

I giudici e le corti d'appello sono dotati di prerogative istituzionali, quali autonomia finanziaria e amministrativa, nonché di prerogative personali, come nel caso dell'irriducibilità della remunerazione, dell'inalienabilità e della natura vitalizia della carica, così che possano, essi, attuare con effettiva indipendenza⁴⁸.

Gli organi giudiziari di primo grado sono sempre e comunque monocratici, e i giudici vengono selezionati sulla base di conoscenze tecniche valutate in occasione di concorsi pubblici; per poter comporre le corti d'appello, dipendono dall'ottenimento di una promozione, secondo il criterio dell'anzianità di servizio o diverso parametro, di carattere meritocratico. I giudici delle corti d'appello sono scelti, inoltre, all'interno del novero di avvocati e Pubblici Ministeri, in seguito a selezione politica ad opera dei rispettivi organi d'origine, dei membri delle corti e, infine, del titolare del potere esecutivo statale o federale, a seconda che si tratti di giustizia statale o federale. Tutti i giudici hanno carica, immancabilmente, vitalizia⁴⁹.

Il Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ), che ha sede a Brasília, è un organo di controllo centralizzato, oltre ad avere funzioni disciplinari e normative, e la sua attività comprende il Potere Giudiziario nel suo complesso, il che, in termini pratici, conduce alla configurazione di un Potere Giudiziario unitario (statale e federale), a dispetto del fatto che il Brasile è una Repubblica Federativa. Il Consiglio e i suoi membri detengono prerogative simili a quelle conferite ai giudici; la sua composizione è inter-istituzionale, dacché vi prendono parte avvocati, giudici e promotori di giustizia (Ministero Pubblico), selezionati politicamente sulla base di referenze fornite da vari settori pubblici e privati relazionati al Potere Giudiziario. I consiglieri del CNJ ricevono mandato della durata di due anni⁵⁰.

11. Le istanze ammissibili nell'ambito della giurisdizione amministrativa dei tribunali

Soggetta in misura predominante a una legislazione processuale di diritto privato, la giurisdizione amministrativa dei tribunali, in Brasile, ricomprende

⁴⁸ Cfr. Art. 2°, 5° XXXV, 95 I, II e III, 96 I e II, e 99 della Costituzione brasiliana.

⁴⁹ Cfr. Art. 93, 94, 96 I "e", 104 e 107 I e II della Costituzione brasiliana; Art. 20 della Legge n° 5010, del 30 maggio 1966; Art. 17 della Legge Complementare n° 35, del 14 marzo 1979; Art. 1° della Legge n° 11798, del 29 ottobre 2008.

⁵⁰ Cfr. Art. 103 B della Costituzione.

istanze di ogni genere, quali quelle di carattere dichiarativo, impugnativo, di condanna a fare, a non fare e a pagare, oltre a misure cautelari ed esecuzione forzata⁵¹.

Le misure cautelari includono misure preventive e conservative, al fine di garantire l'effettività di qualsivoglia genere di istanza, oltre a misure sospensive, a patto che vi sia il *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Le norme legali che ostacolano l'istituzione di misure cautelari tendono a essere allontanate dalla giurisprudenza, dal momento che, nella fattispecie concreta, siano presenti quei dati presupposti⁵².

Per ciò che concerne l'esecuzione forzata, si ammettono mezzi di coazione psicologica mediante *astreintes* e *contempt of court*, che incidono contro i funzionari pubblici responsabili dell'inadempimento⁵³.

Qualora risulti strettamente necessario, è ammessa l'espropriazione giudiziaria di beni pubblici non essenziali al fine di rendere esecutive a sentenza di condanna al pagamento in denaro, a dispetto dell'assenza di autorizzazione sancita legislativamente, e nonostante le severe critiche subite dal Giudiziario ad opera delle autorità amministrative⁵⁴.

⁵¹ Cfr. Art. 4, 286 e 287 del Codice di Procedura Civile (Legge n° 5.869, del 11 gennaio 1973); Art. 3° della Legge dell'Azione Civile Pubblica (Legge n° 7.347, del 24 luglio 1985).

⁵² Cfr. Art. 273, 46,1 comma 3° del Codice di Procedura Civile (Legge n° 5.869/1973); Art. 1° e 4° della Legge n° 8.437; Art. 4° della Legge n° 10.259, del 12 luglio 2001; Art. 7° comma 2° e comma 5°, e art. 15 della Legge n° 12.016, del 7 agosto 2009 (Legge sul "*Mandado de Segurança*": si veda, a tal proposito, la nota n. 43 del presente testo); Art. 3° della Legge n° 12.153, del 22 dicembre 2009.

⁵³ Cfr. Art. 461, comma 4° del CPC, art. 84, comma 4° del CPC (*astreintes*) e art. 14, V e paragrafo unico del CPC (*Contempt of court*). Peraltro, la giurisprudenza è contraria all'applicazione di mezzi di coercizione direttamente agli avvocati pubblici: (i) Corte Suprema Federale del Brasile, ADI 2.652-6/DF (sentenza del 8 maggio 2003); (ii) CNJ, Richiesta di Provvedimenti n° 0000749-61.2011.2.00.0000 (sentenza del 30 agosto 2011); Enunciati FONAJEF - Enunciato n° 63: È prevista multa nei confronti dell'ente pubblico per ritardo o inottemperanza a decisioni giudiziali, ai sensi dell'articolo 461 del CPC, accompagnata da determinazione per l'assunzione di misure amministrative per l'accertamento della responsabilità funzionale e/o per danno all'erario. Configurandosi contumacia nell'inottemperanza, la causa sarà rimessa d'ufficio al Pubblico Ministero per l'analisi dell'eventuale improbità amministrativa (Forum Nazionale dei Tribunali Speciali Federali); Enunciato n° 64: Non è ammessa multa personale nei confronti del procuratore *ad judicia* dell'ente pubblico, sia sulla base dell'art. 14 che ai sensi dell'art. 461, entrambi del CPC; Enunciato n° 65: Non è ammessa la previa limitazione dell'ammontare della multa coercitiva (*astreintes*), che non è assoggettabile nemmeno al limite di importo previsto per i Tribunali Speciali Federali, essendo sempre assicurata la possibilità di nuova valutazione per quel che concerne l'ammontare finale da esigere ai sensi di quanto disposto nel comma 6° dell'articolo 461 del CPC.

⁵⁴ In Brasile si ammette, in linea generale, l'esecuzione forzata di decisioni giudiziali contro autorità amministrative, fatto salvo il caso in cui esse siano contrarie all'interesse pubblico (Art. 15 della Legge n° 12.016; Art. 4°, caput e comma 1° della Legge n° 8.437; Art. 1° della Legge n° 9.494, del 10 settembre 1997). In particolare, per quanto concerne le esecuzioni di decisioni di condanna al pagamento, non si ammette esecuzione forzata contro autorità amministrative

12. L'intensità della giurisdizione amministrativa dinanzi ai tribunali

La giurisprudenza in merito all'intensità ha autorizzato un controllo giudiziale ampio delle decisioni amministrative, comprendendo aspetti di forma e contenuto, questioni di fatto e di diritto, benché anteriormente apprezzate nell'ambito del *processo* amministrativo (extragiudiziale)⁵⁵; pertanto, si ammette revisione giudiziale del margine di apprezzamento dei fatti, anche tecnico-scientifici, nonché dei fondamenti giuridici, compresi i concetti giuridici indeterminati.

Tuttavia, di norma, non è ammesso sindacato giudiziale sui poteri discrezionali delle autorità pubbliche, fatto salvo il caso in cui questi siano esercitati al di fuori dei limiti posti dalla legge, ed abbiano contravvenuto a diritti fondamentali e principi costituzionali, quali quelli della proporzionalità e dell'eguaglianza⁵⁶.

Pertanto, il margine di attuazione (discrezionale e di apprezzamento), dal punto di vista dei diritti fondamentali e della proporzionalità, sarà sempre soggetto a controllo giudiziale. Nella pratica, l'affermazione secondo cui il giudice non deve interferire sulla valutazione discrezionale delle autorità, fa riferimento

(Art. 730 e ss. del Codice di Procedura Civile/ Legge n° 5.868/73), salvo per crediti di importo basso (Art. 17, comma 2° della Legge n° 10.259; e art. 13, comma 1° della Legge n° 12.153). Peraltro, la giurisprudenza ha, di recente, autorizzato, in casi di eccezionale urgenza, l'esecuzione forzata di crediti di qualsiasi ammontare (Corte Suprema Federale del Brasile, STA 36-8, sentenza del 10 marzo 2010). Circa quest'aspetto, si rimanda a: STF, "Sequestro de verbas públicas em favor de doente grave é tema de repercussão geral" (Sequestro di fondi pubblici a favore di malato grave è tema di ripercussione generale). *Notícias STF*, 19 nov. 2012.

⁵⁵ Cfr. Art. 3° del Codice Modello Euro-Americano di Giurisdizione Amministrativa (PERLINGEIRO & SOMMERMANN, *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction*).

⁵⁶ Cfr. Art. 4° del Codice Modello Euro-Americano di Giurisdizione Amministrativa (2014). Si veda altresì: Corte Suprema Federale del Brasile, AI 800.892 Agr/BA (sentenza del 12 marzo 2013): «Il Tribunale d'origine non si è scostato dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte, nel senso che non configura violazione del principio della separazione dei poteri il controllo, da parte del Potere Giudiziario, sull'atto amministrativo affetto da illegittimità o abusività, il che coinvolge la verifica dell'effettiva presenza dei presupposti di fatto e di diritto, potendo il Giudiziario attuare, tra le altre cose, nelle questioni afferenti a proporzionalità e ragionevolezza», e Corte Suprema Federale del Brasile, RMS 24.699 (sentenza del 30 novembre 2004), riguardante il controllo di atti fondati su concetti giuridici indeterminati, statuisce che «[...] il Potere Giudiziario va ad analizzare il merito dell'atto amministrativo, applicando, tra l'altro, questioni quali proporzionalità e ragionevolezza, che non sono, invero, principi, bensì criteri d'applicazione del diritto, ponderati al momento delle norme di decisione. [...] Il fatto, però, è che, in quest'analisi riguardo al merito dell'atto, tra gli altri parametri di valutazione di cui si avvale, il Giudiziario non prende in esame appena la proporzione che segna la relazione tra mezzi e fini dell'atto, ma anche quella che si manifesta nella relazione tra l'atto e le sue ragioni, così come dichiarate in sede di motivazione».

a situazioni in cui il giudice stesso non risulta abilitato, o non risulta adeguatamente abilitato (in relazione alle autorità), per controllare il contenuto (di discrezionalità e apprezzamento) delle decisioni amministrative⁵⁷.

13. La “*administrative deference*” dei tribunali nei confronti dell’azione della PA

Il rispetto dei tribunali giudiziari attuato attraverso l’azione delle agenzie regolatrici in Brasile, non si distanzia dai presupposti generici del controllo giurisdizionale sui poteri discrezionali delle autorità amministrative, trovandosi pertanto condizionata all’osservanza dei diritti fondamentali e dei principi di proporzionalità e uguaglianza⁵⁸. Oltretutto, il potere giudiziario ha assicurato una

⁵⁷ D. DE PRETIS commenta la decisione del Tribunale di Giustizia dell’Unione Europea riguardo all’idea per cui il diritto comunitario non prescriverebbe *standard* per quanto concerne il controllo giudiziale di aspetti tecnico-scientifici di decisioni amministrative, nell’analizzare il caso *Upjon e Paranova* (CE, Sentenza del 12 ottobre 1999, C-379/97), circa la valutazione di un’autorità sanitaria britannica riguardo alla nocività di un medicinale (D. DE PRETIS, “La giustizia amministrativa”, in *Corso di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. 4. (Milano: Giuffrè, 2007), 315-316). Sulle limitazioni del Giudiziario per la valutazione tecnica delle politiche pubbliche, si veda: D. SARMENTO, *Intepretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete* – Interpretazione costituzionale, pre-comprensione e capacità istituzionali dell’interprete (D. SARMENTO, *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e Direitos Fundamentais* – Per un costituzionalismo inclusivo: storia costituzionale brasiliana, teoria della Costituzione e Diritti Fondamentali). (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), 227). F. DE SOUZA SILVA adotta il criterio della “affidabilità” della determinazione amministrativa per misurare il grado di interferenza giudiziale sul margine di attuazione delle autorità amministrative (F. DE SOUZA SILVA, “Discrecionalidade técnica e direito à saúde: confiança como limite para o controle judicial” – Discrezionalità tecnica e diritto alla salute: fiducia come limite per il controllo giudiziale. Tesi (Dottorato in Sociologia e Diritto), Facoltà di Giurisprudenza, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014).

⁵⁸ Nel giudizio di Sospensione di Ingiunzione n° 690 (sentenza del 29 maggio 2013), il Corte Suprema Federale del Brasile ha ritenuto che «(...) la Costituzione non stabilisce la prevalenza assoluta del punto di vista tecnico delle agenzie regolatrici a scapito della giurisdizione. Verificata la violazione di norme costituzionali quale, ad esempio, il dovere di motivazione razionale e proporzionale della regolamentazione (o della sua assenza), o la regola di accesso e incentivo alla concorrenza, risulta inapplicabile il metodo di interpretazione basato sulla *administrative deference*, tipica della pratica giudiziaria nordamericana». Si trattava di richiesta formulata dall’Impresa Gontijo de Transportes Ltda., tesa a opporsi alla decisione del Tribunale Regionale Federale brasiliano della 1ª Regione per quanto attiene agli atti AI 64051-69.2011.4.01.0000 (sentenza del 28 giugno 2013), giacché detto organo giudiziario aveva concesso tutela anticipata affinché l’impresa-interessata Expresso São Luiz Ltda. potesse farsi carico di gestire il servizio di trasporto pubblico tra Porto Velho/RO e Salvador/BA, “con centinaia di sezionamenti”, decisione, questa, contraria all’intendimento dell’Unione e dell’Agenzia Nazionale per il Trasporto Terrestre – ANTT. Il problema è che la ANTT non avrebbe ancora stabilito un programma di gare d’appalto per la realizzazione di concessioni a imprese e, conseguentemente, ha finito per prevalere la libertà di esercizio dell’attività, ai sensi dell’art. 170, paragrafo unico, della Costituzione brasiliana.

convivenza armoniosa tra regolamentazione amministrativa e principio della riserva di legge (*Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*), ogniqualvolta la legge non risulti essere sufficientemente dettagliata⁵⁹.

14. La giurisdizionalizzazione dinanzi tribunali delle politiche pubbliche

Il fenomeno denominato “giudizializzazione delle politiche pubbliche” si manifesta specialmente sulla base di istanze giudiziali individuali, la cui questione di fondo coinvolge diritti procedimentali considerati insufficienti ad assicurare un minimo di diritti fondamentali sociali, quali la previsione di spesa pubblica e i programmi di gestione amministrativa, sia a livello di norme amministrative che a livello legislativo⁶⁰.

⁵⁹ Il Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, nel RESP 200802374017 (1.101.040) (sentenza del 16 giugno 2009), ha riconosciuto il potere normativo delle agenzie regolatrici. Nello stesso senso, il Resp 640.460/RJ (sentenza del 11 settembre 2007). Il Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2^a Regione, nel processo n° 0000222-03.2008.4.02.5106 (sentenza del 3 marzo 2016), ha deciso di mantenere la multa comminata dall'ANS nei confronti di Unimed-Petrópolis, giacché «la ANS non ha fatto altro che avvalersi del proprio potere normativo, conferito dalla legge, inerente all'attività delle agenzie, non potendosi parlare, a quanto pare, di illegalità nell'azione amministrativa». (AC 556.318, sentenza del 3 marzo 2016). Sull'ossequio giudiziale, cfr. CAMINOS, PEDRO A. *Deferencia judicial e control legislativo sobre a la administración: el problema del agente regulador en el derecho público contemporáneo*. Si veda, inoltre: GONZÁLEZ GARCÍA (J. GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, (Madrid: McGrawHill, 1996), 132 ss.), circa i commenti inerenti alla decisione Chevron della Suprema Corte degli USA.

⁶⁰ In merito alla questione della giudizializzazione delle politiche pubbliche, si veda l'art. 25, comma 2 del Codice Modello del Processo Amministrativo – Giudiziale e Stragiudiziale – per l'Ibero-America (2012). Cfr. Corte Suprema Federale del Brasile, ADPF 45/DF (sentenza del 29 aprile 2004). Si è trattato di argomentazione circa l'inottemperanza al precetto fondamentale promossa contro veto che, emanato dal Presidente della Repubblica, ha inciso sul comma 2° dell'art. 55 (posteriormente rinumerato come art. 59), di proposta legislativa convertitasi in Legge n° 10.707, del 30 luglio 2003 (LDO), destinata a fissare le linee guida pertinenti all'elaborazione della legge di bilancio (di previsione) annuale del 2004. Il dispositivo oggetto del veto presenta il seguente contenuto materiale: «2° Per effetto dell'inciso II del caput di quest'articolo, si considerano azioni e servizi pubblici sanitari la totalità delle dotazioni del Ministero della Salute, dedotti gli oneri previdenziali dell'Unione, i servizi del debito e la rata delle spese del Ministero, finanziata a mezzo di risorse del Fondo per la Lotta allo Sradicamento della povertà». L'autore dell'azione costituzionale sostiene che il veto presidenziale ha implicato inosservanza del precetto fondamentale fondato sulla Legge Costituzionale - EC 29/2000, promulgata con l'intento di garantire risorse finanziarie minime da applicare in azioni e servizi pubblici sanitari. Il Signor Presidente della Repubblica, subito dopo il discusso veto parziale, ha rimesso al Parlamento Nazionale un progetto di legge che, convertito in seguito nella Legge n° 10.777, del 24 novembre 2003, ha restaurato, nella sua integralità, il comma 2° dell'art. 59 del LDO (Legge n° 10.707/2003), facendone sancire la medesima norma su cui aveva inciso il veto esecutivo. Nonostante la pregiudizialità sopravveniente, il relatore ha sancito «che l'azione costituzionale in oggetto, considerato il contesto in esame, si qualifica come strumento idoneo e atto ad agevolare la concretizzazione

Emerge come il sistema giudiziario brasiliano contempla simultaneamente il controllo concentrato astratto e il controllo diffuso concreto rispetto alla costituzionalità di leggi e alla legittimità di norme amministrative (ad es. regolamento, decreto), è comune che giudici e corti di appello definiscano istanze individuali fondate su politiche pubbliche, restringendo gli effetti delle sentenze alla parte attrice, a dispetto dell'insistenza delle autorità per quanto riguarda la presunta offesa al principio dell'eguaglianza nell'accesso ai servizi sociali.

Pertanto, per quanto attiene alla giudizializzazione delle politiche pubbliche, generalmente solo dopo alcuni anni le autorità, nel momento in cui le corti supreme STF e STJ iniziano ad uniformare la rispettiva prospettiva, tendono a modificare i propri comportamenti. Questa lunga attesa costituisce un fattore di incertezza, non solo per la conduzione delle attività pubbliche, ma anche in ragione dell'aumento della sensazione di discriminazione tra cittadini che siano parte attrice, avendo adito le vie legali e intentato domanda giudiziale, e cittadini che non lo siano.

Inoltre, questa è la ragione aggiuntiva per la quale i processi accostabili ai precedenti vincolanti e ai processi esemplari non soddisfano le aspettative per la

di politiche pubbliche, qualora, previste nel testo della Carta Politica, così come accede nella fattispecie (EC 29/2000), non dovessero essere osservate, totalmente o parzialmente, dalle istanze governative destinatarie del comando iscritto nella Costituzione della Repubblica stessa. Tale eminente attribuzione conferita al Supremo Tribunale Federale mette in evidenza, in modo particolarmente espressivo, la dimensione politica della giurisdizione costituzionale attribuita a questa Corte, la quale non può esimersi dall'incarico, determinante, di rendere effettivi i diritti economici, sociali e culturali – che si identificano, quali diritti di seconda generazione, con le libertà positive, reali o concrete (Corte Suprema Federale del Brasile, *Revista Trimestral de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* (RTJ), vol. 164 (1998), 158-161) -, pena la situazione per cui il Potere Pubblico, per violazione positiva o negativa della Costituzione, finirebbe per compromettere, in modo inaccettabile, l'integrità del proprio ordine costituzionale». Il Ministro ha, inoltre, sottolineato che «è certo che non si include, ordinariamente, nell'ambito delle funzioni istituzionali del Potere Giudiziario - e in quelle di questa Suprema Corte, in particolare – l'attribuzione di formulare e di implementare politiche pubbliche, giacché, in tale dominio, l'incarico fa capo, primariamente, ai Poteri Legislativo e Esecutivo. Tale incombenza, peraltro, benché su basi eccezionali, potrà essere attribuita al potere Giudiziario, se e quando gli organi statali competenti, in ragione dell'inottemperanza alle funzioni politico-giuridiche gravanti su di essi, dovessero venire a compromettere, con tale condotta, l'efficacia e l'integrità di diritti individuali e/o collettivi impregnati della struttura costituzionale, seppur derivati da clausole rivestite di contenuto programmatico. Pare opportuno segnalare, sulla base di questo contesto – in conformità a quanto già proclamato da questa Suprema Corte – che il carattere programmatico delle regole iscritte nel testo della Carta Politica non si può convertire in promessa costituzionale a prescindere, pena l'illegittima sostituzione - da parte di un Potere Pubblico che verrebbe in siffatta maniera a frodare le giuste aspettative riposte in esso dalla collettività - del compimento del suo ineluttabile e immediato dovere, con un gesto irresponsabile di infedeltà governativa rispetto a quanto determinato dalla Legge Fondamentale dello Stato» (Corte Suprema Federale del Brasile, *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 175 (2001), 1212-1213.

riduzione delle domande ripetitive, come d'altronde avevo, inizialmente, già sottolineato.

15. Le funzioni atipiche del potere giudiziario

Come è noto, la funzione tipica dei giudici è quella di dirimere controversie, mediante decisioni definitive e coercitive, per mezzo di un processo che osservi le garanzie del *due process of law*. Peraltro, le corti vengono, alle volte, adite e adibite a funzioni estranee a quelle proprie e caratteristiche di una giurisdizione, quali quella di omologare accordi e, nel caso della giurisdizione volontaria, di porre in essere atti considerati per legge essenziali all'esercizio di determinati diritti⁶¹. La giustificazione sulla base della quale il legislatore delega tali funzioni ai giudici può essere riconducibile alla loro maggiore credibilità, rispetto a quella riconosciuta a rappresentanti di altri segmenti della società.

È all'interno di tale scenario che sorge, nel diritto brasiliano, l'esecuzione di decisioni tributarie dinanzi ai tribunali, oltre alle domande giudiziali individuali scevre di previa istanza amministrativa.

L'esecuzione giudiziale di decisioni amministrative non configura giurisdizione propriamente detta e, oltretutto, l'autoesecutività è una delle caratteristiche fondamentali degli atti amministrativi. Competerebbe al Giudiziario la giurisdizione destinata solamente alla tutela di diritti contro gli abusi dell'esecuzione e, all'interno di detto contesto, l'esecuzione di decisioni tributarie rinvia il proprio *habitat* naturale nella sfera amministrativa stessa extragiudiziale⁶².

Di fatto, sono generalizzate le critiche a questo sistema, giacché il potere giudiziario si troverebbe ad essere comodamente usato dalle autorità pubbliche quale *longa manus* per la pratica di atti meramente esecutivi. Tuttavia, ad oggi, il perdurare di tale scenario in Brasile si deve, prevalentemente, alla mancanza di credibilità delle istituzioni amministrative.

In effetti, l'esecuzione da consegnare alle autorità dev'essere solamente quella relativa a decisioni amministrative che siano state proferite mediante una struttura minima di qualificazione e indipendenza compatibili col principio del

⁶¹ Cfr. L. GRECO, *Jurisdição voluntária moderna* (Giurisdizione volontaria moderna). (San Paolo: Dialética, 2003).

⁶² L. GRECO, *O processo de execução* (Il processo di esecuzione), (Rio de Janeiro: Renovar, 1999), 162. Per LIEBMAN, l'esecuzione non configura attività amministrativa, bensì, essenzialmente, un'attività giurisdizionale (E. T. LIEBMAN, *Processo de execução* – Processo di esecuzione. 5.ed. (San Paolo: Saraiva, 1986), 5).

due process of law, pena il rischio d'incorrere in un pregiudizio, di carattere istituzionale, ancora maggiore, con un'insoddisfazione palpabile nei confronti degli atti esecutivi, e le corti comunque adite, nonostante ciò, conseguendone pertanto un fastidio doppio per i soggetti interessati.

Sono svariate le ragioni che conducono un individuo a adire direttamente un giudice per invocare una determinata prestazione amministrativa di indole, ad esempio, sociale: inosservanza della durata del processo amministrativo extragiudiziale entro termini ragionevoli; impossibilità di decidere, ad opera delle autorità, in senso contrario a norme amministrative (regolamenti, decreti) gerarchicamente superiori; assenza di prerogative atte a far sì che dette autorità possano agire con effettiva indipendenza.

Al contrario di quanto accade nel caso dei processi (extragiudiziali) destinati alla preparazione di decisioni amministrative restrittive di diritti, i processi volti a rendere possibile l'esercizio di diritti a una prestazione non hanno, *ab initio*, un conflitto quale premessa; sorgerà, infatti, controversia solo qualora dovesse verificarsi il diniego della richiesta inoltrata. Pertanto, non v'è modo di andare alla ricerca delle vie del potere giudiziario sino a che non venga in essere un conflitto da risolvere, controversia da dirimere.

D'altra parte, è possibile caratterizzare la sussistenza di una lite non solo con il diniego opposto alla richiesta (extragiudiziale) presentata, ma ogniqualvolta dovesse delinearsi una richiesta che mostri d'essere priva di effettività sin dall'inizio, come nel caso degli esempi summenzionati, da cui risulta un'equiparazione a decisione di diniego.

16. Panorama schizofrenico della giurisdizione amministrativa brasiliana

È questo il panorama, quasi schizofrenico, della giurisdizione amministrativa in Brasile, con una normativa costituzionale assolutamente non in linea con la realtà concreta, e un sistema che mette in evidenza un Giudiziario dagli ampi poteri, accanto a una Pubblica Amministrazione debilitata.

Metto, qui sotto, in risalto le seguenti caratteristiche:

(i) a dispetto della previsione costituzionale ai sensi della quale le decisioni amministrative dipendono da un previo *processo* amministrativo (extragiudiziale) dotato delle garanzie del *due process of law*, si verifica: (i.1) l'inesistenza di prerogative d'indipendenza effettiva delle autorità provviste di potere decisionale; (i.2) la concentrazione della funzione investigativa e decisionale del *processo* ammini-

strativo (extragiudiziale) in una medesima autorità pubblica e nello stesso rappresentante dell'autorità stessa; (i.3) la richiesta di riesame e ricorso contro la decisione iniziale dinanzi alla stessa autorità, condotto da un rappresentante diverso, che mantiene, peraltro, un rapporto di gerarchia disciplinare con colui il quale abbia proferito la decisione iniziale; (i.4) la tendenza ad ammettere l'accesso alla via giudiziale senza il previo *processo* amministrativo (extragiudiziale);

(ii) al cospetto di un sistema giudiziario unificato di giurisdizione, soggetto a regole processuali di diritto privato e con giudici non necessariamente specializzati in diritto pubblico, si osserva: (ii.1) un'azione giurisdizionale ampia incentrata su questioni di diritto pubblico, la quale non si limita a una revisione propriamente detta (a un *judicial review*); (ii.2) a carico del potere giudiziario, la sussistenza di attribuzioni non giurisdizionali, meramente procedimentali e tipiche di funzioni primarie proprie di una Pubblica Amministrazione;

(iii) a dispetto di giudici e tribunali di appello dotati di indipendenza effettiva e credibilità, si può constatare: un effetto solamente indiretto e a lungo termine delle decisioni giudiziali riguardanti condotte di portata generale delle autorità amministrative, il che conduce a domande giudiziali ripetitive e a un potere giudiziario sull'orlo del collasso, con una giudizializzazione esasperata, crescente e incontrollabile, inerente al diritto pubblico.

17. Stato di Diritto: diritti sostanziali, diritti procedimentali e organi di garanzia

L'effettività dei diritti fondamentali è associata alle *garanzie* loro attribuite: le garanzie-limite, che impongono restrizioni al potere pubblico; le garanzie-istituzioni, che prevedono organi di protezione; e le garanzie-strumentali, che strumentalizzano l'esercizio dei diritti fondamentali attraverso gli organi di protezione.

Di fatto, inerisce alla nozione di Stato di Diritto l'idea per cui la soluzione di controversie amministrative provenga da un'attività statale rispettosa delle garanzie del *due process of law*, tra le quali si ricomprende l'esistenza di organi di tutela che dispongano di un'effettiva indipendenza, d'ora in avanti denominati "autorità amministrative indipendenti".

Indicare la posizione in cui debbono trovarsi tali autorità indipendenti all'interno della struttura organizzativa – ramo giudiziale, ramo esecutivo o ramo legislativo – è una discrezionalità da esercitarsi ad opera di ciascuno Stato, in conformità alla realtà storica, politica e sociale peculiare.

18. Autorità amministrative indipendenti

Il primato dei diritti fondamentali e del diritto comunitario, all'interno dell'Unione Europea, nell'imporre doveri gravanti direttamente su autorità pubbliche, conduce a una necessaria discussione circa l'importanza delle autorità amministrative indipendenti⁶³. Pare insostenibile esigere, da un'autorità, l'imparzialità sufficiente ad applicare norme amministrative o leggi istituite o interpretate da autorità gerarchicamente superiori.

Per il riconoscimento di diritti fondamentali, una decisione amministrativa giusta, disposta ad affrontare l'argomentazione degli interessati, sovente vertente su norme amministrative o legislative, deve trovarsi sotto la responsabilità di un'autorità che non abbia qualsivoglia tipo di vincolo di subordinazione con interessi opposti, dovendosi, cioè, situare sotto il comando di un'autorità pubblica dotata delle prerogative necessarie per potere attuare con piena indipendenza.

Però, al cospetto di autorità che presentino tali caratteristiche, quale sarà il ruolo esercitato da giudici e corti? Non vi sarebbe forse ridondanza?

19. Quali sono i limiti della protezione giurisdizionale dai giudici, e quale la necessità di giudici specializzati?

Ammettere una tutela giudiziale effettiva che comprenda la possibilità di revisione senza limiti (*in totum*) delle decisioni amministrative significa, nella pratica, negare l'effetto vincolante all'azione amministrativa stessa. Questa concezione ha senso all'interno di un sistema in cui le autorità amministrative non siano in grado di esercitare con effettività la funzione di garante della preservazione di diritti fondamentali, mediante decisioni democraticamente legittime e precedute da un giusto processo (*fair trial*). *Contrario sensu*, in sistemi in cui le autorità pubbliche operano "quasi" come giudici (*quasi-judicial body*), un così ampio controllo giurisdizionale nella sfera giudiziaria può, di fatto, palesare ridondanza.

⁶³ «Ce n'est que dans la perspective de la garantie de l'effectivité du droit de l'Union que les directives prescrivent l'indépendance des personnes ou organismes appelés à exercer des fonctions considérées comme nécessaires au bon fonctionnement d'un secteur ou à la garantie de certains droits – comme par exemple la protection des données informatiques [...] Le droit de l'Union est d'ailleurs spécifique : ce n'est pas l'indépendance de manière abstraite qui est demandée, mais des garanties d'impartialité des décisions, soit par rapport aux opérateurs et aux parties prenantes d'un certain secteur, soit par rapport aux autorités politiques» (J. ZILLER, "Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne". *Revue Française de Droit Administratif*, 5 (2010): 901-906).

In effetti, nei sistemi giuridici in cui risulti assicurato il giusto processo extragiudiziale previo alle decisioni amministrative iniziali, appare ragionevole pensare che non si dia enfasi al processo (giudiziale), sia perché il margine d'errore delle autorità amministrative diminuisce sensibilmente, sia in ragione di un aumento della credibilità delle autorità amministrative stesse al cospetto della società. Inoltre, non sarebbe comune una duplicità di giurisdizione, anche perché l'onere finanziario gravante sugli Stati non è affatto piccolo, come sottolinea Michael Asimow nel suo *"Five Models of Administrative Adjudication"*⁶⁴.

D'altronde, la logica sarebbe contraria nei sistemi in cui la fase previa all'elaborazione di una decisione amministrativa fosse sottoposta a un procedimento inquisitorio, pertanto, senza che vi fosse partecipazione da parte degli interessati, o qualora, a dispetto della partecipazione di questi ultimi, non dovesse esservi la garanzia di un giusto processo effettivo, come, ad esempio, in assenza di imparzialità. In tali fattispecie, il Giudiziario tende ad essere adito con maggiore intensità⁶⁵.

A proposito, questa logica pare egualmente ammissibile per ciò che riguarda la necessità di specializzazione, da parte degli organi giurisdizionali, in diritto pubblico. Mano a mano che le autorità amministrative definiscono processi e il potere giudiziario tende a distanziarsi dalle sue funzioni di revisione, la specializzazione all'interno delle corti presenterà, di contraltare, via via sempre minore importanza⁶⁶. Diversamente, non essendovi un effettivo *processo* amministrativo (extragiudiziale) previo, s'esigerà una attività giudiziale ampia, giustificandosi con maggiore intensità la conoscenza specializzata (dei giudici) nel campo del diritto amministrativo.

20. Come evitare una duplicità di giurisdizioni?

È consenso diffuso che la cooperazione giuridica internazionale, per quanto riguarda gli effetti transnazionali di decisioni giudiziali, costituisca parte integrante della concezione della tutela giurisdizionale effettiva. È noto, altresì, che il grado di ammissibilità delle decisioni giudiziali straniere presenta una relazione diretta con il livello di fiducia nei confronti delle medesime autorità giudi-

⁶⁴ ASIMOW, "Five models of Administrative Adjudication".

⁶⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, 58-59.

⁶⁶ Ibid.

ziarie estere, specialmente riguardo alla soggezione delle loro decisioni alle garanzie del *due process of law*⁶⁷.

In questo contesto, il Codice Modello Ibero-Americano di Cooperazione Inter-giurisdizionale impone quale condizione necessaria all'efficacia interna della giurisdizione straniera la sua compatibilità con l'ordine pubblico dello Stato adito, ovvero coi suoi principi fondamentali⁶⁸. Non configurandosi qualsivoglia lesione a tali principi fondamentali, si ammette il riconoscimento della decisione giudiziale e arbitrale straniera, senza addentrarsi in altre questioni che possano essere risultato di una cattiva applicazione del diritto oggettivo (*law*) da parte dell'autorità estera. È ciò che si denomina giudizio di revisione limitata (*deliberação*), essendo, esso, superficiale e ristretto a quel che inerisce a principi fondamentali.

Identica logica dovrebbe orientare l'efficacia delle decisioni amministrative rispetto alla protezione giudiziale di diritti individuali. Trattandosi di una decisione che presuppone il rispetto delle garanzie del *due process of law*, non v'è ragione, invero, per considerarla inferiore alle decisioni straniere, sia a quelle giudiziali che, e a maggior ragione, a quelle arbitrali che vedano coinvolte le autorità pubbliche stesse. Pertanto, le decisioni prese nell'ambito di un processo amministrativo (extragiudiziale) dovrebbero essere riviste dal potere giudiziario solo nel caso in cui si rivelassero lesive di principi fondamentali. È, quest'ultima, una conclusione che s'avvicina al sistema di revisione giudiziale nordamericano (*judicial review*).

21. L'origine del sistema giudiziario unico negli EUA e il *due process of law*

Come già riferito, il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità pubbliche in Brasile, all'epoca della proclamazione della Repubblica, sul finire del sec. XIX, è stato fortemente influenzato dal modello nordamericano di unità della giurisdizione dinanzi al potere giudiziario⁶⁹. D'altronde, si osserva che il diritto brasiliano, ad oggi, ignora le sfumature del *judicial review* e gli effetti del *due*

⁶⁷ Cfr. R. PERLINGEIRO, "Cooperação jurídica internacional e auxílio direito" (Cooperazione giuridica internazionale e ausilio diretto). *Revista CEJ*, vol. 32, (Brasília-DF, gen./mar. 2006), 75-79.

⁶⁸ R. PERLINGEIRO et al. "Código modelo de cooperação interjurisdiccional para Ibero-América" (Codice modello di cooperazione inter-giurisdizionale per l'Ibero-America). *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, vol.11 (Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ, mar. 2009): 9-48.

⁶⁹ Cfr. PERLINGEIRO & GRECO, "A jurisdição administrativa".

process of law applicato nella preparazione di una decisione amministrativa in un processo giudiziale.

È tradizione del sistema giuridico degli Stati Uniti, di Regno Unito e Australia, ad esempio, che la fase preparatoria delle decisioni amministrative richieda un effettivo contraddittorio preventivo, in cui la fase investigativa e quella decisionale siano condotte da soggetti diversi, e da istituzioni provviste di relativa indipendenza, quasi-giudiziale⁷⁰. Questa è la loro idea di *due process of law* nella sfera amministrativa non giudiziale⁷¹.

Quale conseguenza di ciò, la possibilità di revisione giudiziale (*judicial review*), in particolare per quanto attiene al margine d'apprezzamento di fatti e ai poteri discrezionali, tende a limitarsi ai casi in cui la decisione amministrativa leda la ragionevolezza o i diritti fondamentali. In un tale scenario, in cui l'aspettativa per la risoluzione del conflitto amministrativo risulta concentrata nella fase non giudiziale, appare coerente non investire tanto su una struttura giudiziaria specializzata, essendo sufficiente un sistema di giurisdizione unica⁷². Non sembrano indispensabili nemmeno norme specifiche, proprie del rito processuale specializzato; bastano, infatti, le regole di diritto amministrativo applicabili al processo extragiudiziale previo all'elaborazione della decisione amministrativa.

Perciò, appare in effetti maggiormente aderente alla realtà l'espressione "*processo amministrativo*", anziché "*procedimento amministrativo*"⁷³.

⁷⁰ ASIMOW, "Five models of Administrative Adjudication" e GRECO, *Jurisdição voluntária moderna* (Volontaria giurisdizione moderna), 18.

⁷¹ Riguardo alla tecnica della garanzia processuale nel diritto amministrativo nordamericano, si veda G. NAPOLITANO, "I grandi sistemi del diritto amministrativo", in *Corso di diritto amministrativo*, org. da S. CASSESE, vol. 4 (Milano: Giuffrè, 2007): 43-45. Circa il carattere essenzialmente giurisdizionale del processo amministrativo preparatorio di decisioni amministrative negli USA, cfr. MEDAUAR, *A processualidade no direito administrativo* (La processualità nel diritto amministrativo).

⁷² Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*.

⁷³ Per quanto concerne le espressioni "processo amministrativo" e "procedimento amministrativo" in Brasile, O. MEDAUAR (Medauar, "O princípio da razoável duração do processo administrativo" – Il principio della durata ragionevole del procedimento amministrativo, in *Atuais rumos do processo administrativo – Tendenze attuali del procedimento amministrativo*, organizzato da O. MEDAUAR; V. R. SCHIRATO. (San Paolo: RT, 2010): 44) perviene all'affermazione secondo cui «la resistenza all'uso del vocabolo *processo* nel campo della Pubblica Amministrazione, che si spiega in virtù del timore di ingenerare una certa confusione col processo giurisdizionale, perde la propria consistenza nel momento in cui si accoglie l'idea di processualità ampia, ovvero la processualità associata all'esercizio di qualsiasi potere statale. Di conseguenza, si ha processo giurisdizionale, processo legislativo, processo amministrativo, ossia, il processo riceve l'aggettivazione proveniente dal potere o funzione di cui è strumento. L'aggettivazione, in siffatta maniera, consente di specificare a quale ambito di attività statale si riferisca un determinato processo». L'eccezione, invece, è fatta propria da C. A. BANDEIRA DE MELLO (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo* - Corso di diritto amministrativo. 21.ed. (San Paolo:

Il sistema dei Paesi dell'Europa continentale, in particolare quello francese e quello tedesco, adottato dal Brasile sino all'avvento della Repubblica, parte da una premessa diversa, secondo la quale la tappa di preparazione delle decisioni amministrative non presuppone un processo dalle caratteristiche proprie del *due process of law*, essendo sufficiente che vi sia un procedimento previo in occasione del quale l'interessato sia ascoltato, benché si configuri, ivi, una conduzione inquisitoria, ad opera di autorità amministrative scevre di indipendenza⁷⁴. Tale visione riconduce a una giurisdizione piena, con un procedimento dotato delle garanzie del giusto processo solamente nell'ambito di una struttura giudiziaria e specializzata.

Pertanto, è facile percepire come il Brasile abbia adottato solo in parte il modello nordamericano, avendolo ristretto al sistema giudiziario di giurisdizione unica, il quale, peraltro, non si mostra compatibile col paradigma europeo-continentale del procedimento amministrativo previo, in cui le decisioni amministrative, nella pratica, non mantengono nessuna aderenza alle garanzie del *due process of law*.

22. Duplicità di giurisdizioni amministrative in Brasile?

Si potrebbe immaginare, in Brasile, una duplicità di giurisdizioni: una nella

Malheiros, 2006): 465), il quale, pur ammettendo la correttezza dell'espressione "processo amministrativo", ha preferito insistere nell'utilizzo dell'espressione "procedimento amministrativo", più che altro per ragioni di ossequio alla tradizione del diritto amministrativo. Diogo Freitas do Amaral (Diogo Freitas do Amaral, *Curso de direito administrativo* - Corso di diritto amministrativo. vol. 2 (Coimbra: Almedina, 2009): 289-298), in Portogallo, dà notizia del fatto che l'espressione "processo amministrativo gratuito" è stata sostituita dalla dicitura "procedimento amministrativo"; egli fa salvo, peraltro, il fatto per cui non si nega, con ciò, la natura processuale del procedimento amministrativo. Cita M. CAETANO, M. GUEDES, R. MACHETE e A. XAVIER quali fautori della tesi processualista del procedimento amministrativo. In senso contrario, MANUEL MARÍA DIEZ (PEDRO ABERASTURY; MARIA ROSA CILURZO, *Curso de procedimiento administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998): 17): «Algunos autores usan los términos proceso y procedimiento como sinónimos. Esta posición es insostenible, ya que no se pueden identificar ambas instituciones ignorando el problema que presentan».

⁷⁴ Sulla visione per cui, nella sfera amministrativa, non si concepisce un'autorità indipendente e pienamente imparziale, si veda A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo III, 3.ed., (Buenos Aires: Macchi, 1998): IX-5. Secondo CASSAGNE (*El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 66-72), è importante tenere in considerazione, in gran parte dei Paesi ibero-americani, la proibizione in virtù della quale l'Esecutivo non può esercitare funzioni giurisdizionali, il che sarebbe fondato sul disposto dell'art. 243 della Costituzione di Cádiz del 1812. Cassagne, nella medesima opera (Cassagne, *ibid.*), fa riferimento alla giurisdizione amministrativa primaria negli USA, cosa che risulterebbe incomprensibile nel diritto amministrativo ibero-americano.

fase preparatoria delle decisioni amministrative, l'altra in quella della tutela giudiziale dei diritti. Ciò perché la Costituzione prescrive il *due process of law* per i processi amministrativi (extragiudiziali), e la tutela giudiziale effettiva, così com'è concepita dalla giurisprudenza, si configura nel senso più ampio possibile⁷⁵. Tuttavia, questa duplicità di giurisdizioni si è rivelata essere meramente apparente, per lo meno ad oggi.

Nonostante il riconoscimento, da parte del legislatore, dell'idea per cui l'imparzialità è inerente al *due process of law* nei processi amministrativi (extragiudiziali)⁷⁶, in linea generale non vi è previsione legislativa di prerogative che garantiscano indipendenza alle autorità titolari di poteri decisionali. Tale mancanza d'indipendenza conduce a un'imparzialità meramente formale, come nei casi, nient'affatto rari, in cui un processo (*extragiudiziale*) sanzionatorio venga definito dal dirigente di un'autorità pubblica, e la commissione giudicante sia composta da funzionari subordinatigli gerarchicamente⁷⁷. E non vi sono garanzie legislative neppure in merito al fatto che le fasi investigative e decisionali del processo amministrativo (extragiudiziale) vengano condotte da rappresentanti diversi dell'autorità pubblica.

È, pertanto, comprensibile che il diritto di difesa non sia effettivo, e che le ulteriori garanzie procedurali previste dalla legge non siano, quasi mai, applicate dalle autorità. Inoltre, il Giudiziario stesso ufficializza tale sensazione, inserendo questi processi nella sfera giudiziale, sopperendo alle deficienze formali e avanzando nel contenuto delle decisioni amministrative, senza che l'autorità debba essere adita affinché dirima nuovamente le questioni. Esempio vivo di ciò è rappresentato dalla nozione per cui l'istanza previa non è condizione d'accesso alla tutela giurisdizionale. Questo fenomeno, che si osserva anche in altri Paesi, dà luogo a una situazione di comodo facente capo alle autorità per quanto

⁷⁵ R. M. MARTINS, nel "O conceito científico de processo administrativo" (*Il concetto scientifico del processo amministrativo*). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 235 (gen./mar. 2004): 373, segnala che «per una deviazione, d'altro canto, a cui, intenzionalmente o non intenzionalmente, hanno dato luogo esponenti della dottrina, detta logica è stata spezzata: si dà all'individuo, per lo meno nell'ordinamento brasiliano, il diritto di vedere instaurati due processi giusti, uno nell'ambito dell'Amministrazione e l'altro nell'ambito del Giudiziario. Si indaga, allora, per scoprire se il procedimento amministrativo fosse già giusto - un procedimento, questo, in cui tutte le garanzie pretese dall'umanità affinché si giunga a una decisione giusta siano state osservate -, giacché si rende necessaria la possibilità d'instaurazione di un nuovo processo nell'ambito del Giudiziario».

⁷⁶ Art. 18 a 21 della Legge del procedimento amministrativo (Legge n° 9.784, del 29 gennaio 1999).

⁷⁷ S. FERRAZ & A. DALLARI, *Processo amministrativo* (Processo amministrativo). 2.ed. (San Paolo: Malheiros, 2007): 138.

attiene alle formalità necessarie per l'instaurazione di un processo extragiudiziale effettivo.

Si completa, allora, un circolo vizioso che alimenta l'incremento di controversie giudiziali, ed essendo, nella pratica, il *processo* amministrativo (extragiudiziale) più formale che reale, il Giudiziario finisce per divenire l'unica giurisdizione alla portata degli interessati; per cui, ecco che ne deriva una revisione giudiziale ampia. È la dottrina stessa a indicare il Giudiziario, quale valvola di sfogo contro decisioni amministrative parziali e prive di indipendenza⁷⁸.

Tutto ciò conduce alla conclusione per cui, in realtà, non esiste, nel diritto brasiliano, una duplicità di giurisdizioni amministrative.

23. La mancanza di effettività del *processo* amministrativo (extragiudiziale) in relazione ai processi amministrativi in sviluppo dinanzi ai tribunali

In un modello ideale, quanto più è attuato il processo amministrativo (extragiudiziale), minore sarà il campo d'attuazione del Giudiziario, dal momento che – in un panorama favorevole all'interessato – la domanda giudiziale tenderà ad essere presentata solo in seguito ad esaurimento della sfera amministrativa. In un tale scenario, non vi sarebbe alcuna differenza tra “istanza amministrativa previa” e “processo amministrativo (extragiudiziale) previo”: in entrambi i casi, la decisione definitiva all'interno della sfera amministrativa costituisce condizione necessaria per l'accesso alla giustizia. Nel processo (giudiziale), la revisione avrebbe quasi carattere deliberatorio, limitata all'osservanza della ragionevolezza e dei diritti fondamentali da parte delle autorità.

Peraltro, in una realtà in cui il processo amministrativo (extragiudiziale) non possiede le garanzie del *due process of law*, in cui la legalità cede il passo a logiche di subordinazione gerarchica, in cui il Giudiziario assorbe funzioni tipiche delle autorità pubbliche, oltre ad essere titolare di poteri rivolti a rivisitare *in totum* quanto deciso amministrativamente (il che è pur sempre una negazione del processo amministrativo stragiudiziale stesso), risulta comprensibile che la fase procedimentale amministrativa venga relegata in secondo piano, essendo considerata meramente facoltativa, quale condizione per accedere al giudizio. In un tale contesto, anche la stessa istanza amministrativa previa tende a divenire facoltativa, quale condizione di accesso alla giustizia.

Ne consegue l'impressione che, se alla fine tutto viene comunque definito

⁷⁸ FERRAZ & DALLARI, *Processo amministrativo* (Processo amministrativo).

dal potere giudiziario, gli aspetti procedurali dell'azione amministrativa non costituiscano il punto focale del processo (innanzi ai tribunali), essendo parte del caso materiale in questione, per cui i vizi formali del processo amministrativo (extragiudiziale) e la valutazione fattuale in esso prodotta assumeranno rilievo solo ed esclusivamente qualora dovessero, ad opinione del giudice, rilevare per la soluzione del caso.

In tal modo, ad esempio, non si dovrebbe annullare un processo amministrativo (extragiudiziale) per vizio formale qualora l'interessato non sia in grado di dimostrare, sin dall'inizio, la fondatezza dell'istanza di fondo che sarebbe definita in un processo amministrativo formalmente valido; si reputa normale considerare pregiudicato il processo amministrativo (extragiudiziale) in funzione dell'interposizione di una misura giudiziale⁷⁹.

Insomma, nella pratica, il processo amministrativo (extragiudiziale) diviene dispensabile da parte del giudice. Il giudice non è più il soggetto che assicura protezione ai diritti individuali, attraverso un processo originariamente a carico di autorità amministrative le quali, dal canto loro, non richiederebbero

⁷⁹ Art. 38 della Legge n° 6.830: «La discussione giudiziale del Debito Attivo (*Dívida Ativa*) dell'Erario Pubblico è ammissibile solo in esecuzione, ai sensi di questa Legge, fatte salve le ipotesi di “*mandado de segurança*” (cfr. nota n. 43 del presente testo), azione di ripetizione dell'indebitto e azione di annullamento dell'atto dichiarativo del debito, quest'ultima preceduta da deposito preparatorio dell'ammontare del debito, corretto monetariamente e incrementato di interessi e multa, e degli ulteriori gravami previsti. Paragrafo Único – La proposizione, da parte del contribuente, dell'azione prevista in questo articolo, comporta rinuncia al potere di ricorrere nella sfera amministrativa e desistenza dal ricorso eventualmente promosso» (nostro corsivo). Art. 126, comma 3° della Legge n° 8.213: «Contro le decisioni dell'Istituto Nazionale per la Sicurezza Sociale-INSS, nei processi di interesse dei beneficiari e dei contribuenti della Sicurezza Sociale, potrà presentare ricorso il Consiglio per i Ricorsi della Previdenza Sociale, ai sensi di quanto disposto dal Regolamento (Redazione ad opera della Legge n° 9.528, del 10 dicembre 1997). [...] comma 3° L'esercizio, da parte del beneficiario o contribuente, di azione che abbia quale oggetto richiesta identica a quella su cui verte il procedimento amministrativo comporta rinuncia al diritto di ricorrere nella sfera amministrativa e desistenza dal ricorso proposto». Incluso dalla Legge n° 9.711, del 20 novembre 1998 (nostro corsivo). Decreto n° 3.048/99, art. 307: «da proposizione, da parte del beneficiario, di azione giudiziale avente quale oggetto richiesta identica a quella su cui verte il procedimento amministrativo comporta rinuncia al diritto di ricorrere nella sfera amministrativa e desistenza dal ricorso proposto (Redazione ad opera del Decreto n° 6.722, del 30 dicembre 2008, nostro corsivo)». A tale proposito, si veda Corte Suprema Federale del Brasile, RE 233.582/RJ (sentenza del 17 agosto 2008): «Il diritto costituzionale di petizione e il principio di legalità non implicano la necessità di esaurimento previo delle vie amministrative per la discussione giudiziale circa la validità del credito iscritto nel Debito Attivo dell'Erario Pubblico. È costituzionale l'art. 38, par. unico, della Legge n° 6.830 (Legge di Esecuzione Fiscale - LEF), il quale dispone che la proposizione, da parte del contribuente, dell'azione prevista in quest'articolo [azioni destinate alla discussione giudiziale circa la validità del credito iscritto nel debito attivo] comporta rinuncia al potere di ricorrere nella sfera amministrativa e desistenza dal ricorso eventualmente proposto».

l'intervento del potere giudiziario, ma iniziano a dipendere da quest'ultimo, convenientemente.

Si tratta di un quadro che deve, necessariamente essere rivisto.

In situazioni in cui il processo amministrativo (extragiudiziale) viene instaurato d'ufficio (*ex officio*) e a favore del diritto di difesa contro decisioni restrittive, se l'autorità non è in grado di assicurare un giusto processo, l'effetto pratico dovrà essere equiparato a quello di un'omissione capace, tra l'altro, di dar luogo a prescrizione, essendo illegittimo che il potere giudiziario, a detrimento degli interessati, sostituisca le autorità amministrative e modifichi un processo amministrativo (extragiudiziale) formalmente invalido mediante argomenti di diritto sostanziale, specialmente nell'ambito di un processo instaurato dagli interessati stessi, con palese offesa alla parità di mezzi, alla congruenza, all'ampia difesa e contraddittorio.

Dimostrata la totale impossibilità materiale e strutturale delle autorità nel promuovere un processo amministrativo (extragiudiziale) giusto, a pro della loro stessa azione dovrebbero esse, al più, postulare a un giudice (seppure a mezzo di una difesa fondata su argomenti di diritto materiale) il riconoscimento degli effetti concreti dei loro poteri d'imperio, il che potrebbe in certi casi, pur trattandosi di una singolare inversione di ruoli, essere considerata l'unica alternativa percorribile, corroborando così l'idea, qui spregiativa, di uno Stato giudizialista.

D'altra parte, trattandosi di un'istanza amministrativa o di un processo amministrativo (extragiudiziale) su iniziativa degli interessati, qualora l'autorità non sia in grado di offrire un procedimento effettivo, l'effetto pratico dovrebbe essere quello della giudizializzazione *in totum* della domanda, dal punto di vista procedimentale e del contenuto fattuale e giuridico, trasferendosi al Giudiziario, in senso invertito, il ruolo proprio di un'autorità amministrativa

24. Esempi che si avvicinano all'idea di *due process of law* nella fase extragiudiziale

Vi sono esempi, che configurano eccezione nell'ordinamento giuridico brasiliano, i quali s'avvicinano al modello delle autorità indipendenti, in cui funzionari e incaricati di pubblico servizio risultano essere titolari di prerogative

volte a un'attività esplicata con effettiva indipendenza. Si menzionino, a tal proposito, i consigli dei contribuenti, in materia tributaria⁸⁰; i Tribunali dei Conti⁸¹; il Tribunale Marittimo⁸²; il Consiglio Nazionale di Giustizia, con funzione disciplinare nei confronti dei giudici⁸³; gli organi collegiali delle corti nell'esercizio di funzioni amministrative⁸⁴; le agenzie regolatrici, dotate di autonomia amministrativa e finanziaria⁸⁵.

Benché in nessuno dei suddetti casi esista una separazione tra le funzioni di investigazione e quelle di decisione, le quali continuano ad essere concentrate nella stessa autorità e nel medesimo rappresentante dell'autorità, le rivendicazioni fatte valere contro statuizioni amministrative di tali organi non sono solite

⁸⁰ Si veda il Decreto n° 70.235, del 6 marzo 1972 (dispone in merito al procedimento amministrativo tributario, e stabilisce ulteriori provvedimenti).

⁸¹ Legge n° 8.443, del 16 luglio 1992 (dispone in merito alla Legge Organica del Tribunale dei Conti dell'Unione, e stabilisce ulteriori provvedimenti).

⁸² Legge n° 2.180, dell' 05 febbraio 1954 (dispone in merito al Tribunale Marittimo).

⁸³ Legge n° 11.364, dell' 26 ottobre 2006 (dispone in merito alle attività di appoggio al Consiglio Nazionale di Giustizia, e stabilisce ulteriori provvedimenti).

⁸⁴ Art. 7°, 13, VI e 151 a 153 del Regolamento Interni del Corte Suprema Federale del Brasile e Art. 5°, 38, 175, II, dal 182 al 184 e dal 289 al 300 del Regolamento Interni del Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile.

⁸⁵ Legge n° 9.427, del 26 dicembre 1996 (istituisce l'Agenzia Nazionale di Energia Elettrica - ANEEL, disciplina il regime delle concessioni dei servizi pubblici di energia elettrica, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 9.472, del 16 luglio 1997 (dispone in merito all'organizzazione dei servizi di telecomunicazioni, circa la creazione e il funzionamento di un organismo regolatore e ulteriori aspetti istituzionali, nei termini della Legge Costituzionale n° 8, del 1995); Legge n° 9.478, del 6 agosto 1997 (dispone in merito alla politica energetica nazionale, circa le attività relative al monopolio del petrolio, istituisce il Consiglio Nazionale per le Politiche Energetiche e l'Agenzia Nazionale del Petrolio, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 9.782, del 26 gennaio 1999 (definisce il Sistema Nazionale di Sorveglianza Sanitaria, crea l'Agenzia Nazionale di Sorveglianza Sanitaria, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 9.961, del 28 gennaio 2000 (istituisce l'Agenzia Nazionale di Sanità Supplementare - ANS, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 9.984, del 17 luglio 2000 (dispone in merito alla creazione dell'Agenzia Nazionale delle Acque - ANA, entità federale di implementazione della Politica Nazionale di Risorse Idriche e di coordinamento del Sistema Nazionale di Gestione delle Risorse Idriche, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 10.233, del 05 giugno 2001 (dispone in merito alla ristrutturazione dei trasporti idrici e terrestri, crea il Consiglio Nazionale di integrazione delle Politiche di Trasporto, l'Agenzia Nazionale dei Trasporti Terrestri, l'Agenzia Nazionale dei Trasporti Acquatici e il Dipartimento Nazionale di Infrastruttura dei Trasporti, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Misura Provvisoria n° 2.228-1, del 06 settembre 2001 (stabilisce principi etici per la Politica Nazionale per il Cinema, crea il Consiglio Superiore per il Cinema e l'Agenzia Nazionale del Cinema - ANCINE, istituisce il Programma di Appoggio allo Sviluppo del Cinema Nazionale - PRODECINE, autorizza la creazione di Fondi di Finanziamento dell'Industria Cinematografica Nazionale - FUNCINES, modifica la legislazione attinente al Contributo per lo Sviluppo dell'Industria Cinematografica Nazionale, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 11.182, del 27 settembre 2005 (crea l'Agenzia Nazionale di Aviazione Civile - ANAC, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 10.411, del 26 febbraio 2002 (modifica e aggiunge dispositivi alla Legge n° 6.385, del 7 dicembre 1976, che dispone in merito al mercato di valori mobiliari, e crea la Commissione per i Valori Mobiliari).

trovare accoglimento in processi giurisdizionali intentati presso le corti.

In sede amministrativa (extragiudiziale), le corti, oltre a funzioni giurisdizionali, esercitano altresì funzioni amministrative, emanando pertanto decisioni amministrative, e i responsabili per tali determinazioni sono i giudici stessi, titolari di incarico vitalizio e di prerogative idonee a far sì ch'essi agiscano con sufficiente indipendenza; le loro decisioni interpretano la Costituzione, garantiscono ampia difesa e contraddittorio effettivi⁸⁶. D'altra parte, pur rappresentando un eccellente esempio di indipendenza, le decisioni amministrative prese da giudici nell'esercizio di funzioni non giurisdizionali si scontrano con una situazione alquanto singolare. Qualora l'interessato volesse impugnarla giudizialmente, la corte competente a giudicare sarebbe la stessa che aveva definito la questione amministrativamente. Si tratta di una fattispecie, mai commentata, che non assicura il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. I giudici nell'esercizio della giurisdizione amministrativa non sarebbero provvisti di sufficiente imparzialità per poter statuire in merito alla validità o meno delle loro stesse determinazioni, emanate in fase extragiudiziale.

Altro esempio di autorità che operano con una certa dose di indipendenza è dato dalle agenzie regolatrici, dotate di struttura autonoma, i cui organi decisionali sono composti da membri titolari di prerogative. Alcune di queste agenzie, sempre esplicando funzione di regolamentazione del mercato, istituiscono procedimenti amministrativi nell'ambito dei quali soggetti interessati presentano domande contro le entità regolate, ponendosi quale obiettivo quello dell'ottemperanza a norme amministrative.

25. Nuove prospettive per una giurisdizione amministrativa effettiva in Brasile

Si è sottolineato che la Costituzione Federale del 1988 ha ribadito l'intenzione di seguire il modello nordamericano, con un sistema di giurisdizione unica e di decisioni amministrative precedute da procedimento. Appare altresì chiaro che un giusto processo (extragiudiziale) previamente alle decisioni amministra-

⁸⁶ L'unica eccezione si configura qualora i tribunali, nell'ambito di processi amministrativi (non giudiziali), reputano sussistere la necessità di procedere ad un'analisi incidentale, da parte loro, di norma amministrativa emanata da organo giudiziale al quale essi debbano subordinazione gerarchica disciplinare, come nel caso di una risoluzione del Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ) o del Consiglio di Giustizia Federale (CJF) valutata da un Tribunale Regionale Federale. In tali fattispecie, l'indipendenza è relativa.

tive contribuirebbe a dar luogo a una riduzione delle domande giudiziali ripetitive.

Il rafforzamento delle entità amministrative, con l'istituzione di un modello in linea al concetto di autorità amministrative indipendenti (quasi giudiziali), con la previsione legislativa di prerogative e di investitura fondata sulla qualificazione tecnica, costituisce, nell'attuale congiuntura, un vero e proprio imperativo costituzionale, specialmente in ragione della clausola del *due process of law* applicabile alle decisioni amministrative.

Oltretutto, esempi sempre più frequenti di autorità indipendenti sono rinvenibili oramai ovunque, a prescindere dal modello di giurisdizione amministrativa adottato. Si citano in questa sede il sistema interamericano per i diritti umani, con la *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública*⁸⁷, il sistema africano dei diritti umani, con il Codice Modello sull'Accesso all'Informazione per l'Africa⁸⁸, e Stati Europei che presentano una crescente tendenza all'istituzione di organismi di controllo indipendenti.

Le giustificazioni addotte a sostegno dell'istituzione di autorità dotate di tali caratteristiche paiono coincidere con lo scenario della realtà brasiliana: (i) necessità che le autorità amministrative applichino e interpretino norme costituzionali e comunitarie discrepanti, non sincronizzate rispetto a quelle nazionali, e (ii) corti e giudici saccenti, affetti da una certa superbia, e non specializzati⁸⁹.

Per finire, quanto qui proposto in nulla coincide con il contenzioso amministrativo extragiudiziale istituito dalla legge costituzionale n. 7 del 1977, nei confronti del quale s'è registrata, giustamente, una reazione generalizzata, in ragione della manifesta incostituzionalità insita nell'idea della creazione di organi amministrativi, senza la previsione di una loro effettiva indipendenza⁹⁰.

26. Considerazioni finali

Il sistema brasiliano di giurisdizione amministrativa è attualmente un sistema in fase di transizione, che sta passando da un modello inquisitorio, per quel che attiene alle decisioni amministrative e ai relativi ricorsi possibili, ad un

⁸⁷ Organization of American States (Organizzazione Degli Stati Americani), *Model Inter-American Law on Access to Information* (Modello Inter-americana di legge sull'accesso all'informazione / *Accesso all'informazione*) (2010).

⁸⁸ Africa Commission On Human And Peoples' Rights, *Model Law on Access to Information for Africa* (2013).

⁸⁹ PERLINGEIRO, "A codificação do direito à informação na América Latina", 147-175.

⁹⁰ R. PERLINGEIRO, *Execução contra a Fazenda Pública* (Esecuzione contro la Pubblica Amministrazione) (San Paolo: Malheiros, 1999): 44-49 .

sistema facente cardine sulle garanzie del *due process of law*.

Di fatto, in Brasile non risulta ancora consolidata la nozione di giusto processo amministrativo (extragiudiziale). In realtà, ciò che si può osservare è una serie di procedimenti inquisitori travestiti da processi extragiudiziali, diretti da autorità scevre di qualsivoglia indipendenza, i quali, conseguentemente, e in compenso, sfidano un potere giudiziario dagli ampi poteri, che, per parte sua, sovente, sostituisce la decisione dell'autorità amministrativa con giudizi di merito, se lo ritiene appropriato o necessario.

Peraltro, via via che le autorità pubbliche si rafforzano, propiziando indipendenza e qualificazione adeguate, la tendenza è nel senso di un progressivo svuotamento del potere giudiziario. Innanzitutto, perché non v'è più litigiosità artificiale e obbligatoria. In secondo luogo in ragione del fatto che, con autorità indipendenti, aumenta il grado qualitativo, e gli errori si ridimensionano, ciò accrescendo la credibilità del sistema nel suo complesso.

In questo senso, ci troveremmo in una situazione assai diversa rispetto a quella tracciata nella parte introduttiva del presente testo, senza la necessità di esecuzioni tributarie innanzi alle corti, senza la necessità che il Giudiziario riveda integralmente le decisioni amministrative, e senza gran parte delle domande ripetitive fondate sull'interpretazione di norme e leggi.

Nei rari esempi in cui il diritto brasiliano pare avvicinarsi ad un *processo* amministrativo (extragiudiziale) maggiormente rafforzato, la possibilità di revisione giudiziale ampia persiste ancora, pur essendo ridondante, soprattutto in ragione d'una mancanza di comprensione di tutto quest'ingranaggio.

L'apertura democratica avutasi con l'avvento della Costituzione del 1988, con la sanzione delle garanzie del *due process of law* nei procedimenti amministrativi e giudiziari, ha dato il là a una valanga di domande stagnanti, specialmente nel Giudiziario – che è rinato all'insegna di forti garanzie di indipendenza.

Prima, il sistema inquisitorio nella sfera amministrativa si adattava a un sistema giudiziario limitato e vulnerabile, in altre parole, prevaleva un sistema di giurisdizione amministrativa incompatibile con lo Stato di Diritto. Ora, il Giudiziario che si erge, in ragione di garanzie esplicite, finisce per assorbire la giurisdizione amministrativa di cui, solo timidamente, si occupano le autorità amministrative.

In un sistema come quello brasiliano, in cui si impone il *due process of law* nei processi amministrativi extragiudiziali, è grave l'omissione per quanto riguarda l'istituzione di autorità amministrative indipendenti. Tuttavia, in loro assenza, non esiste davvero altra soluzione che non quella consistente nell'affidare la totalità delle diatribe amministrative al Giudiziario.

27. Conclusioni

Rappresenta una mera scelta politica di ciascuno Stato definire in quale ramo dello Stato e in che momento (previo o successivo all'inizio dell'esplicarsi degli effetti della decisione amministrativa) la giurisdizione debba essere concentrata, risultando coerente con lo Stato di Diritto la risoluzione di controversie tramite decisioni amministrative, a patto che queste ultime promanino da un *due process of law* che contempri, tra le altre garanzie, il diritto ad un'autorità dotata di indipendenza effettiva, i cui membri non accumulino funzioni investigative e decisionali.

In virtù della clausola della tutela giurisdizionale effettiva, e al fine di evitare una duplicità di giurisdizioni tra la fase giudiziale e quella extragiudiziale a cui si sottopone l'azione amministrativa – il che tra l'altro sarebbe dispendioso e contrario al principio della certezza del diritto –, la protezione di diritti presso le corti può, nella pratica, limitarsi all'osservanza dei principi fondamentali dello Stato, come accade nel caso di revisione giudiziale limitata (*delibazione*), tipica dei processi di riconoscimento di decisioni straniere, siano esse giudiziali o arbitrali, che coinvolgano anche delle autorità.

Si tratta di una conclusione ispirata ai sistemi di *judicial review* del Regno Unito, dell'Australia e, specialmente, degli Stati Uniti, sui quali il diritto brasiliano si è poggiato nel periodo dell'avvento della Repubblica, nel 1891, per istituire il sistema giudiziario unico, pur senza l'esatta comprensione del significato della portata di un *due process of law* nella fase (non giudiziale) preparatoria di decisioni amministrative, nonché degli strascichi lasciati per quanto riguarda la tappa giudiziale della tutela dei diritti.

A proposito, il diritto brasiliano, nel corso del sec. XX, è sempre rimasto vincolato a livello ombelicale alla nozione continentale europea secondo cui la fase preparatoria delle decisioni amministrative consiste in un procedimento (non propriamente in un processo), e che la giurisdizione avente ad oggetto conflitti amministrativi ha luogo esclusivamente nella fase giudiziale, il che, peraltro, è maggiormente coerente col sistema giudiziario dualista di giurisdizione che non con il sistema unico adottato dal Brasile.

Una proposta realista atta a diminuire la giudizializzazione esasperata delle controversie amministrative sarebbe quella del rafforzamento del processo amministrativo extragiudiziale e previo alle decisioni amministrative iniziali, processo che verrebbe allora condotto da funzionari pubblici con formazione giuridica, selezionati in modo trasparente, esclusivamente sulla base di un criterio

incentrato sulla qualificazione tecnica, inamovibili dalla funzione decisoria (fatto salvo il caso di integrazione di un illecito disciplinare), non subordinati gerarchicamente in ragione dell'attribuzione decisionale, e che non accumulassero la loro attività con la funzione investigativa, in maniera da non caratterizzare condotta inquisitoria.

Limitare lo spazio e l'importanza al potere giudiziario quale fulcro, centro dell'attenzione, e cercare alternative alla litigiosità eccessiva sulla base di una riforma strutturale dell'Amministrazione (cominciando dalla mentalità del funzionario o incaricato di pubblico servizio) – un'Amministrazione oggi invero maggiormente ossequiosa al principio di gerarchia che non ai diritti fondamentali –, è un qualcosa che non è ancora stato tentato, in questo Paese.

Abbreviazioni

ANA - Agenzia Nazionale delle Acque

ANAC - Agenzia Nazionale di Aviazione Civile

ANCINE - Agenzia Nazionale del Cinema

ANEEL - Agenzia Nazionale di Energia Elettrica

ANTT - Agenzia Nazionale per il Trasporto Terrestre [Agência Nacional de Transporte Terrestre]

CJF - Consiglio di Giustizia Federale [Conselho Federal de Justiça]

CNJ - Consiglio Nazionale di Giustizia [Conselho Nacional de Justiça]

CPC - Codice di Procedura Civile [Código de Processo Civil]

FUNCINES - Fondi di Finanziamento dell'Industria Cinematografica Nazionale

LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias

PAD - Processo Administrativo Disciplinar

PRODECINE - Programma di Appoggio allo Sviluppo del Cinema Nazionale

STF - Supremo Tribunal Federal

TRF - Tribunal Regional Federal

Bibliografia

Aberastury, Pedro & Cilurzo, M. Rosa. *Curso de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Achem, Daniel Wunder. "Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C* (Procedimenti

amministrativi rivendicativi di diritti sociali: dovere di decidere entro un termine ragionevole vs. silenzio amministrativo. *Rivista di Diritto Amministrativo e Costituzionale – A&C*), anno 14, n.56, Belo Horizonte: Editora Fórum, 147-175, 2014.

Africa Commission on Human And People' Rights. *Model Law on Access to Information for Africa*, 2013. Consultato il 28 Gennaio 2016, <http://bit.ly/1xKH0qm>.

Amaral, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo* (Corso di diritto amministrativo). vol. 2, Coimbra: Almedina, 2009.

Asimow, Michael. "Five Models of Administrative Adjudication". *Forthcoming* vol. 63, *American Journal of Comparative Law*, 2015. Consultato il 13 Febbraio 2016, <http://bit.ly/1yp8y4i>.

Blanke, Hermann-Josef. "Demandas Repetitivas na Jurisdição Administrativa Alemã". In *Seminário Demandas Repetitivas na Justiça Federal* (Domande Ripetitive nella Giurisdizione Amministrativa Tedesca In Seminario Domande Ripetitive nella Giustizia Federale) vol. 29, 1.ed. Brasília: Conselho de Justiça Federal (Consiglio di Giustizia Federale), 67-82, 2014.

Cassagne, Juan Carlos. "El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia", In *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, organizzato da Pedro Aberastury & H. Blank, Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 2012.

Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ). *Justiça em números: 2014* (Giustizia in numeri: 2014) (anno base 2013). Brasília: CNJ, 2014.

Idem, *Justiça em números: 2013* (anno base 2012). Brasília: CNJ, 2013.

Consultor Jurídico. "CNJ disponibiliza manuais ensinados a usar o PJe". *Revista Consultor Jurídico* (CNJ rende disponibili manuali che insegnano a utilizzare il PJe. Rivista Consulente Giuridico), gen. 2014. Consultato il 20 Giugno 2016, <http://www.conjur.com.br/2014-jan-23/cnj-disponibiliza-manuais-ensinando-usar-processo-judicial-eletronico>.

Duarte, Fernanda. "A execução é uma questão de justiça?" *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* (L'esecuzione è una questione di giustizia? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* (Rivista della Sezione Giudiziaria di Rio de Janeiro), vol. 13, Rio de Janeiro, 45-58, 2005.

Equipe ADV. "SUS: interferência de juízes na saúde gera divergências" (l'interferenza di giudici nella sanità dà luogo a divergenze). *COAD*, 27 Aprile 2009. Consultato il 17 Novembre 2014, <http://bit.ly/1usNwBj>.

Erdelyi, Maria Fernanda. "Proposta de execução fiscal da Fazenda é alvo de críticas". *Revista Consultor Jurídico* (Proposta di esecuzione fiscale del Tesoro è bersaglio di critiche. Rivista Consulente Giuridico), nov. 2007.

Falcão, Joaquim.; Cerdeira, Pablo Camargo; Arguelhes, Diego Werneck I. *Relatório Supremo em números: o múltiplo supremo* (Relazione Suprema in numeri: il multiplo supremo). Rio de Janeiro: FGV, 2011.

Ferraz, Sérgio & Dallari, Adilson. *Processo administrativo* (Processo amministrativo). 2.ed. San Paolo: Malheiros, 2007.

Forti, Iorio Siqueira D'Alessandri. "Acesso desnecessário ao poder judiciário como óbice ao acesso à justiça: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da administração pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores" (Accesso non necessario al potere giudiziario quale impedimento all'accesso alla giustizia: la (im)prescindibilità della richiesta previa nei confronti della Pubblica Amministrazione per la caratterizzazione dell'interesse processuale ad agire, secondo la visione dei tribunali superiori). Dissertazione (Laurea Magistrale in Diritto Processuale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università dello Stato di Rio de Janeiro, Prestato in agosto 2011.

Gomes, Luiz Flávio. Juiz que investiga não pode julgar (Giudice che investiga non può giudicare). *JusBrasil*, 2010. Consultato il 1 Ottobre 2014, <http://bit.ly/1tXuyO7>.

González García, Julio V. *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, Madrid: McGrawHill, 1996.

Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, tomo III, 3.ed., Buenos Aires: Macchi, 1998.

Greco, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna* (Giurisdizione volontaria moderna). San Paolo: Dialética, 2003.

Idem, *O processo de execução* (Il processo di esecuzione). vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Greco, Leonardo; Perlingeiro, Ricardo; Carneiro, A. G.; Zavascki, Teori A.; Calmon Filho, P. "Esboço de anteprojeto de lei sobre a execução contra a Fazenda Pública" (Bozza di pre-progetto di legge sull'esecuzione contro l'Erario Pubblico, In *Cadernos IBDP Reformas Legislativas* (Quaderni IBDP Riforme Legislative), organizzato da Petrônio Calmon Filho. vol. 5, 65-66. Brasília: Instituto Brasileiro di Diritto Processuale, 2008.

Grinover, Ada Pellegrini et al. "Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – Para Ibero-América" (Codice Modello di

Processi Amministrativi" – Giudiziale e Stragiudiziale – per l'Ibero-America). *Revista Eletrônica de Direito Processual* (Rivista Elettronica di Diritto Processuale), vol. X, n. 10. Rio de Janeiro, 360-383, 2012.

Janot, Rodrigo. "Lentidão da Justiça onera Estado e prejudica sociedade". *Revista Consultor Jurídico* (Lentezza della Giustizia onera lo Stato e reca pregiudizio alla società. Rivista Consulente Giuridico), giu. 2014.

Liebman, Enrico Tulio. *Processo de execução* (Processo di esecuzione). 5.ed. San Paolo: Saraiva, 1986.

Martins, Ricardo Marcondes. "O conceito científico de processo administrativo" (Il concetto scientifico del processo amministrativo). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 235, 321-381, genn./mar. 2004.

Medauar, Odete. "O princípio da razoável duração do processo administrativo", In *Atuais rumos do processo administrativo* (Il principio della durata ragionevole del procedimento amministrativo, In Tendenze attuali del procedimento amministrativo, organizzato da Odete Medauar & V. R. Schirato.). San Paolo: RT, 2010.

Idem, *A processualidade no direito administrativo* (La processualità nel diritto amministrativo). 2.ed. San Paolo: Malheiros, 2008.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo* (Corso di diritto amministrativo). 21.ed. San Paolo: Malheiros, 2006.

Napolitano, Giulio. "I grandi sistemi del diritto amministrativo", In *Corso di diritto amministrativo*, organizzato da Sabino Cassese, vol. 4, 23-71. Milano: Giuffrè, 2007.

Organization of American States (Organizzazione Degli Stati Americani - OSA) (2010). *Model Inter-American Law on Access to Information* (Modello Inter-americana di legge sull'accesso all'informazione / *Accesso all'informazione*). Consultato il 28 Gennaio 2016, http://www.oas.org/dil/access_to_information_model_law.htm.

Perlingeiro, Ricardo & Greco, Leonardo. "A jurisdição administrativa no Brasil", In *Código de jurisdição administrativa, o modelo alemão - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*, a cura di Ricardo Perlingeiro; H.-J. Blanke; K.-P. Sommermann. (La giurisdizione amministrativa in Brasile, In Codice di giurisdizione amministrativa, il modello tedesco - *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*), a cura di Ricardo Perlingeiro; Hermann-Josef Blanke; Karl-Peter Sommermann, 1.ed., 61-76. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Perlingeiro, Ricardo & Sommermann, Karl-Peter. *Euro-American Model*

Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. (Codice Modello Euro-Americano di Giurisdizione Amministrativa). Niterói: Editora da UFF, lug. 2014.

Perlingeiro, Ricardo et al. "Código modelo de cooperação interjurisdicional para Ibero-América" (Codice modello di cooperazione inter-giurisdizionale per l'Ibero-America). *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, vol. 11, Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ, 9-48, mar. 2009.

Perlingeiro, Ricardo. "A codificação do direito à informação na América Latina" (La codificazione del diritto all'informazione in America Latina). *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, anno 14, n. 56. Belo Horizonte: Editora Fórum, apr./giu. 2014.

Idem, "Considerações sobre a reforma do Poder Judiciário" (Considerazioni sulla riforma del Potere Giudiziario). *Revista CEJ*, vol. 23, 73-76, Brasília, 2003.

Idem, "Cooperação jurídica internacional e auxílio direito" (Cooperazione giuridica internazionale e ausilio diretto). *Revista CEJ*, vol. 32, Brasília-DF, gen./mar. 2006.

Idem, "Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil" (Nuove prospettive per la giudizializzazione della salute in Brasile). *Scientia Iuridica*. Tomo LXII, n. 333, 519-539. Braga/Portugal: Universidade do Minho, 2013. Consultato il 20 giugno 2016, <http://ssrn.com/abstract=2363398>.

Idem, "Princípio da isonomia e a Administração Pública em Juízo" (Principio dell'isonomia e Pubblica Amministrazione in Giudizio). *Revista de Informação Legislativa* (Rivista di Informazione Legislativa), vol. 43, n. 169, Brasília-DF: Senado Federal, 7-12, gen./mar. 2006.

Idem, *Execução contra a Fazenda Pública* (Esecuzione contro la Pubblica Amministrazione). San Paolo: Malheiros, 1999.

De Pretis, Daria. "La giustizia amministrativa", In *Corso di diritto amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, vol. 4, 315-316. Milano: Giuffrè, 2007.

Restrepo Medina, M. A. "Incidencia de las disfunciones de los procedimientos administrativos en la congestión de la justicia administrativa colombiana: análisis y propuestas de solución" (L'incidenza del cattivo funzionamento dei procedimenti amministrativi nella congestione della giustizia amministrativa colombiana: analisi e proposte di soluzione), In *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas* (Sistemi

di garanzie dei cittadini difronte alle amministrazioni pubbliche), coordinato da M. Z. Pulito & M. A. Restrepo Medina, 37- 52. Madrid: Iustel, 2010.

Rocha, Carmen Lúcia Antunes. "Princípios Constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro". *Revista de Informação Legislativa* (Principi Costituzionali del processo amministrativo nel Diritto brasiliano. Rivista di Informazione Legislativa), vol. 34, n. 136, 5-28, ott/dic. 1997.

Saddy, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro* (Silenzio amministrativo nel diritto brasiliano). 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Sarmiento, Daniel. "Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete" (Interpretazione costituzionale, pre-comprensione e capacità istituzionali dell'interprete). In *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*, organizzato da C. P. de Souza Neto, D. Sarmiento & G. Binembojn. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

Idem, *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais* (Per un costituzionalismo inclusivo: Storia costituzionale brasiliana, Teoria della Costituzione e Diritti Fondamentali) . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Silva, Fábio de Souza. "Discricionarietà técnica e direito à saúde: confiança como limite para o controle judicial" (Discrezionalità tecnica e diritto alla salute: fiducia come limite per il controllo giudiziale). Tesi Dottorato in Sociologia e Diritto, Facoltà di Giurisprudenza, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014.

Souza, Michael Roberto de. "A relação entre precedente judicial e súmula vinculante". Dissertação de bacharel em Direito (La relazione tra precedente giudiziale e precedente vincolante. Dissertazione di laureando in Giurisprudenza). Università Statale di Maringá, Maringá, 2009.

Tribunale Superiore di Giustizia del Brasile (Superior Tribunal de Justiça). "Sequestro de verbas públicas em favor de doente grave é tema de repercussão geral" (Sequestro di fondi pubblici a favore di malato grave è tema di ripercussione generale). *Notícias STF*, 19 nov. 2012. Consultato il 1 ottobre 2014, <http://bit.ly/1EMthj8> .

Idem, *Processos submetidos ao rito dos Recursos Repetitivos do STJ* (Processi sottoposti al rito dei Ricorsi Ripetitivi del STJ).

Vasconcellos, Marcos de. "Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz". *Revista Consultor Jurídico* (Ministri del STJ sono contrari all'esecuzione fiscale senza giudice. Rivista Consulente Giuridico), 8 giu. 2012. Consultato il 1 ottobre 2014, <http://bit.ly/1DsMY2u>

Ziller, Jacques. "Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne". *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 901-906, 2010.

Decisioni giudiziarie

Commissione Interamericana dei Diritti Umani (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *Caso Reinaldo Figueredo Planchart v. Venezuela*. Caracas, (sentenza del 13 aprile 2000). Consultato il 22 giugno 2016, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Venezuela11298.htm> .

Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ), Richiesta di Provvedimenti n° 0000749-61.2011.2.00.0000 (sentenza del 30 agosto 2011). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1qMeXB5> .

Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Caso Carlos Alberto Mohamed v. Argentina* (sentenza del 23 novembre 2012).

Idem, *Caso Oscar Enrique Barreto Leiva v. Venezuela* (sentenza del 17 Novembre 2009).

Corte Suprema Federale del Brasile (Supremo Tribunal Federal), ADI 2.390 (sentenza del 24 febbraio 2016). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/1x9A3N9> .

Corte Suprema Federale del Brasile (Supremo Tribunal Federal), RE 469.247/MG (sentenza del 17 febbraio 2012). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1l2cgHr> .

Idem, ADI 2.652-6/DF (sentenza del 8 of marzo 2003). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/14ufcfq> .

Idem, ADI 2139 (sentenza del 13 marzo 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/29gARPK> .

Idem, ADI 395 (sentenza del 17 marzo 2007). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/14udI4G> .

Idem, ADPF 45/DF (sentenza del 29 april 2004). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/298rrpX> .

Idem, ADPF 45 MC/DF, (sentenza del 29 april 2004). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1CWvwzt> .

Idem, AI 800.892 Agr/BA (sentenza del 12 marzo 2013). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1qMfcfl> .

Idem, MS 22.801/DF, (sentenza del 17 dicembre 2007). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/1BCghR9> .

Idem, MS 23.639/DF (sentenza del 16 novembre 2000). Consultato il 22

giugno 2016, <http://bit.ly/1xKDXys> .

Idem, MS 28.003/DF (sentenza del 8 febbraio 2012). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/29uqHYc> .

Idem, RE 22.961/DF (sentenza del 3 settembre 1953). <http://bit.ly/29dqhJ5> . Accessed 30 Giugno 2016.

Idem, RE 233.582/RJ (sentenza del 17 agosto 2008). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/296tvtr> .

Idem, RE 594.296/MG (sentenza del 21 settembre 2011). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/297OYEQ> .

Idem, RE 631.240/MG (sentenza del 3 settembre 2014). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/VPy4kh>.

Idem, RE 674.663/SP (sentenza del 28 agosto 2012).

Idem, Ripercussione Generale nel RE 601.314, (sentenza del 22 ottobre 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1yJtUYJ> .

Idem, RMS 26.029/DF (sentenza del 11 marzo 2014).

Idem, RMS 24.699 (sentenza del 30 novembre 2004). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1qMfdQj> .

Idem, RMS 31.661/DF (sentenza del 10 dicembre 2013).

Idem, Revista Trimestral de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ), vol. 164, 158-161 (1998).

Idem, Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ), vol. 175, 1212-1213 (2001).

Idem, Sospensione di Ingiunzione 690/DF (julgamento em 29 maggio 2013). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/11syW1L> .

Idem, STA 36-8 (sentenza del 10 marzo 2010).

Forum Nazionale dei Tribunali Speciali Federali. Enunciati FONAJEF, 2016. Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/28ZaY2k> .

Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile (Superior Tribunal de Justiça), REsp 859.914/PB (2006/0124067-0) (sentenza del 25 maggio 2010). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1rgvKfv> .

Idem, MS 13.356/DF (sentenza del 11 settembre 2013).

Idem, MS 13.545/DF (2008/0099246-5) (sentenza del 29 ottobre 2008).

Idem, MS 15.598/DF (sentenza del 28 settembre 2011).

Idem, Recurso Especial 1.104.775/RS (sentenza del 24 giugno 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1wtMaq9> .

Idem, Resp. 1.217.234/PB, (sentenza del 14 agosto 2013). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1vNJm7h> .

Idem, REsp 1.138.206/RS (sentenza del 9 agosto 2010). Consultato il 27

giugno 2016, <http://bit.ly/1FDnsb5> .

Idem, Aggravio Statutario nel REsp 1.343.550/PR (sentenza del 4 aprile 2013). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1woCzz9> .

Idem, Resp 1.246.443/PR (sentenza del 23 agosto 2011). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/ZNUJiT>.

Idem, MS 14.958/DF (sentenza del 12 marzo 2010).

Idem, MS 14.959/DF (sentenza del 23 febbraio 2011).

Idem, MS 17.231/RS (sentenza del 20 novembre 2013).

Idem, Resp 1.246.443/PR (sentenza del 23 Agosto 2011).

Idem, RESP 200802374017 (1.101.040) (sentenza del 16 giugno 2009). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/ZGRedM> .

Idem, Resp 640.460/RJ (sentenza del 11 settembre 2007). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/12cwo88> .

Tribunale Regionale Federale brasiliano della 1ª Regione (Tribunal Regional Federal da 1ª Região) AMS 2003.32.00.001789-6/AM (Pubblicato il 14 dicembre 2007).

Idem, REO 1998.01.00.040163-2/RR (Pubblicato il 24 marzo 2000)

Idem, AI 64051-69.2011.4.01.0000 (Sentenza del 28 giugno 2013).

Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2ª Regione (Tribunal Regional Federal da 2ª Região), APELRE 447594 (Pubblicato il 21 agosto 2009).

Idem, AMS 9102079615 (Pubblicato il 25 novembre 1993).

Idem, AC 2003.51.03.002508-3 (sentenza del 16 dicembre 2008). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1q7mSOy>.

Idem, AC 335.562 (sentenza del 29 ottobre 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1wtLRM8> .

Idem, APELRE 483.998 (sentenza del 27 settembre 2010). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/29dlmLi> .

Idem, AC 556.318 (processo n° 0000222-03.2008.4.02.5106) (sentenza del 3 marzo 2016). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/1tLLKBo> .

Tribunale Regionale Federale brasiliano della 4ª Regione (Tribunal Regional Federal da 4ª Região), Appello in MS 96.04.62285-4 (sentenza del 1 dicembre 1997). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1q7i6R5> .

Idem, AC 200970080005827 (sentenza del 16 dicembre 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1woDejR> .

Tribunale Regionale Federale brasiliano della 5ª Regione (Tribunal Regional Federal da 5ª Região), AC 292.304/PB (sentenza del 15 dicembre 2003). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1x9v7b7> .

Idem, AC 381.740/PB (sentenza del 1 dicembre 2011). Consultato il 27

giugno 2016, <http://bit.ly/1qMewGJ> .
Idem, AC 485.785/PE (sentenza del 19 novembre 2009). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1y6OtOY> .
Idem, AC 533.100/RN (sentenza del 24 aprile 2012). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1usTbY6> .
Idem, AC 502.241/RN (sentenza del 8 febbraio 2011). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/11sxrRb> .
Idem, AC 542.694/PB (sentenza del 26 giugno 2012). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1FDoO5y> .
Idem, AC470464/PB, (sentenza del 24 agosto 2013). Consultato il 27 giugno 2016, <http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do> .
Idem, AC 200584000065869 (sentenza del 8 novembre 2005). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/14udxGK> .
Idem, Appello Civile n° AC520230 (sentenza del 26 luglio 2012). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1pBfiWs> .