

## A RECOMENDAÇÃO Nº 123/2022 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O DEVER DE DUPLA COMPATIBILIDADE DE VALIDADE DAS LEIS PARA O INTÉRPRETE NACIONAL

### THE RECOMMENDATION Nº 123/2022 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AND THE DUTY OF DOUBLE COMPATIBILITY OF VALIDITY OF LAWS FOR NATIONAL INTERPRETERS

Vanessa Maria Feletti <sup>1</sup>  
Américo Bedê Freire Júnior<sup>2</sup>

**Resumo:** A Constituição da República de 1988 permite que o Estado brasileiro faça parte de mecanismos de proteção internacional de direitos humanos. O Brasil aderiu ao Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos e também a cláusula facultativa de submissão à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir de então, realizar o controle de convencionalidade das leis se torna um dever para o intérprete brasileiro e não uma opção. As leis passam a ter que obedecer a uma dupla compatibilidade para que sua validade seja reconhecida, uma constitucional e outra convencional. Não obstante, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se utiliza de instrumento normativo desprovido de vinculatividade para tratar do tema controle de convencionalidade ao editar a Recomendação nº 123/2022. Com isso, indaga-se: o CNJ editou uma recomendação com conteúdo vinculante? Para responder a tal problema, a presente pesquisa, a partir da técnica bibliográfica, buscará demonstrar a construção normativa e jurisprudencial da teoria do controle de convencionalidade, tendo como hipótese que, não obstante a ausência de força vinculante do instrumento, a Recomendação nº 123/2022 do CNJ traz um dever a ser observado, pois seu conteúdo decorre da Constituição da República, o que a torna vinculante.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça; Dever de dupla compatibilidade das leis; Controle de convencionalidade difuso e concentrado; Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

**Abstract:** The 1988 Constitution of the Republic allows the Brazilian State to take part in mechanisms for the international protection of human rights. Brazil joined the Inter-American System for the protection of human rights by ratifying the American Convention on Human Rights and also the optional clause of submission to the contentious jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. From then on, carrying out the conventionality control of the laws becomes a duty for the Brazilian interpreter and not an option. Laws now have to obey a double compatibility for their validity to be recognized, one constitutional and the other conventional. However, the National Council of Justice (CNJ) uses a non-binding normative instrument to deal with the issue of conventionality control when issuing Recommendation No. 123/2022. With that, one asks: did the CNJ issue a recommendation with binding content? To respond to this problem, the present research, based on the bibliographic technique, will seek to demonstrate the normative and jurisprudential construction of the theory of conventionality control, having as a hypothesis that, despite the absence of binding force of the instrument, Recommendation nº 123/ 2022 of the CNJ brings a duty to be observed, as its content stems from the Constitution of the Republic, which makes it binding.

**Keywords:** Human rights; Recommendation nº 123/2022 of the National Council of Justice; Duty of double compatibility of the laws; Diffuse and concentrated conventionality control; Inter-American system for the protection of human rights.

---

<sup>1</sup> Mestre em Política Social pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

<sup>2</sup> Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais - Faculdades de Direito de Vitória (2014).

## INTRODUÇÃO

Magistrados e demais intérpretes brasileiros devem fazer o controle de constitucionalidade das leis. Essa frase não traz nenhuma polêmica ou incompreensão na quadra histórica em que estamos, mas já foi seguida de narizes torcidos quando ouvida nos primeiros anos após o advento da Constituição de 1988, momento em que as normas constitucionais e os direitos fundamentais nela elencados passaram a ser posicionados como centro e ápice do ordenamento jurídico, tendo em vista que todas as leis e demais atos normativos tiveram que buscar seu fundamento de validade formal e material no texto constitucional.

Desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §3º no artigo 5º do texto da Constituição, a validade das normas, contudo, também passou a ter que observar aos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil faz parte e que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, tendo em vista que passaram a ser equivalentes às emendas constitucionais. Trata-se do chamado controle concentrado de convencionalidade das leis e, com isso, voltamos a ver narizes torcidos sob os mais diversos argumentos, especialmente os ligados a uma suposta violação da soberania do país.

Quanto ao tema do controle de convencionalidade, seja difuso ou concentrado, o Conselho Nacional de Justiça vem empreendendo diversos esforços no sentido de ampliar seu conhecimento e aplicação, sendo seu mais recente ato a edição da Recomendação nº 123/2022, a qual recomenda que os órgãos do Poder Judiciário realizem o controle de convencionalidade das leis internas em seu artigo 1º, segunda parte.

Assim, temos um duplo dever de compatibilidade das leis para que sua validade seja reconhecida: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade doméstico. Sobre este último que vamos nos ater na presente pesquisa e sobre ele que surgem nossas questões: o controle de convencionalidade é um dever ou uma opção? O Conselho Nacional de Justiça se utilizou de uma Recomendação para tratar do tema, então, é uma escolha realizar o controle de convencionalidade? Esse é o problema que o artigo, a partir de técnica bibliográfica, buscará responder.

Para tanto, o presente artigo buscará delinear os contornos do controle de convencionalidade a partir da normativa internacional e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte Interamericana) e, a partir dessas balizas, esclarecer como a Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça deve ser interpretada.

Nossa hipótese de trabalho consiste em afirmar que a Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça, não obstante a ausência de força vinculante do instrumento, traz um dever a ser observado e não um conselho dado ao intérprete, pois seu conteúdo decorre da Constituição da República e dos tratados que o Brasil faz parte, o que a torna vinculante.

Sendo assim, veremos que não realizar o duplo controle de compatibilidade significa descumprir a Constituição da República de 1988 e os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, tendo em vista que o controle de convencionalidade é um dever tal qual o controle de constitucionalidade, sendo que ambos decorrem da Constituição.

## **1 A RECOMENDAÇÃO Nº 123/2022 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

A Recomendação objeto do presente estudo faz parte de enorme esforço realizado pelo Conselho Nacional de Justiça para fomentar o conhecimento e aplicação da normativa internacional de proteção dos direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana.

Nesse sentido, já são diversas ações realizadas, tais como: a publicação dos “Cadernos de Jurisprudência do STF: Concretizando Direitos Humanos”, a inclusão da disciplina de Direitos Humanos nos editais dos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todas as esferas do Poder Judiciário nacional e o Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos. Em todas as ações há o fomento para o conhecimento tanto da normativa internacional de direitos humanos que o Brasil aderiu quanto dos precedentes da Corte Interamericana, tendo em vista que a Corte de San José é a intérprete última das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e seus julgados devem ser observados por todos os Estados que se submetem à sua jurisdição contenciosa, seja ou não parte no caso concreto.

Quanto à Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça, a utilização do instrumento normativo Recomendação já traria um passo a mais nesse esforço, pois vai além da mera promoção ou fomento do conhecimento e uso da normativa internacional de proteção dos direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista que, no mínimo, traria um constrangimento para o intérprete que ocupa um cargo na magistratura, já que magistrados e magistradas que ainda resistem à sua adoção não poderiam mais ignorar tais normas e precedentes.

Porém, no caso em análise, como demonstraremos ao longo dessa pesquisa, o conteúdo da Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça traz um dever previsto na Constituição da República de 1988, na Convenção Americana de Direitos Humanos e amplamente desenvolvido na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que muda esse cenário e nos faz indagar sobre a força desse conteúdo.

Vamos ao início da análise.

A Recomendação traz em sua ementa que os órgãos do Poder Judiciário brasileiro devem observar os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e usar a jurisprudência da Corte Interamericana.

Para tanto, inicia seu texto com treze Considerandos, nos quais podemos buscar muitas informações importantes para a magistratura brasileira.

Para além dos fundamentos que já foram expostos aqui, podemos observar nos Considerandos que o controle de convencionalidade também encontra seu fundamento no § 2º do artigo 5º, o qual estabelece que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e no artigo 1º, inciso III, c/c. artigos 3º e 4º, inciso II, os quais explicitam que a República Federativa do Brasil adota como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.

Quanto à normativa internacional, ressalta que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>3</sup> dispõe no artigo 1º que os “Estados Partes nesta Convenção

---

<sup>3</sup> Promulgada por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” e que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>4</sup> estabelece no artigo 27 que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

O esforço do Conselho Nacional de Justiça em fomentar o uso da normativa internacional de direitos humanos também está presente no 9º Considerando, o qual rememora ao intérprete que faz parte desde 2016 das diretrizes estratégicas para orientar a atuação do Judiciário brasileiro e também é compromisso de todos os tribunais brasileiros, dar concretude aos direitos previstos em tratados, convenções e demais instrumentos internacionais sobre a proteção dos direitos humanos.

Destaca, ainda, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui jurisprudência reiterada sobre o dever de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário, cabendo aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos. Há precedentes, inclusive, em casos em que o Estado Brasileiro foi condenado diretamente. O intérprete, para tanto, deve buscar extrair o melhor dos ordenamentos através de um diálogo entre os juízes, o que nos remete para o princípio *pro homine*.

A Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça possui apenas dois artigos. Vejamos a íntegra:

Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

Art. 2º Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação.

A presente pesquisa vai se ater ao artigo 1º, inciso I, mas temos que dividi-lo a fim

---

<sup>4</sup> Promulgada por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

de isolar a parte a que se refere nosso problema de pesquisa, tendo em vista que há três informações nele.

Observe o artigo primeiro, inciso I, primeira parte:

Art. 1o Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:  
I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), (...)

Essa primeira parte fala sobre a normativa internacional em vigor no Brasil e sobre os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No nosso entendimento, o objetivo do Conselho Nacional de Justiça nessa parte está ligado à construção da norma que irá solucionar o caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.

Agora observe a segunda parte:

Art. 1o Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:  
I – (...) bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

Perceba que há na primeira parte a referência a fontes externas (tratados e jurisprudência) e na segunda parte a necessidade de controle de convencionalidade das fontes internas.

Vemos, portanto, que a Recomendação, acertadamente, traz dois momentos em que o intérprete tem que ficar atento: a identificação de parte das fontes normativas para a criação da norma que irá solucionar o caso concreto (fontes externas) e o necessário controle de convencionalidade das fontes internas.

Com isso, tanto o ato de criar a norma a ser aplicada ao caso concreto, quanto o momento de aferir se a fonte interna das normas passa pelo controle de convencionalidade estão abarcados pela Recomendação em análise.

Observe novamente a divisão que fizemos do inciso I em duas partes e veja que são duas coisas distintas, não obstante aparentemente não serem cindíveis.<sup>5</sup>

Portanto, uma coisa é o dever de observar os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (fontes externas que também fazem parte do universo normativo a ser considerando para criar a norma que irá resolver o caso concreto apresentado ao Poder

---

<sup>5</sup> Ao se controlar a convencionalidade já se estabelece qual é a interpretação convencionalmente adequada, tendo a norma sido criada a partir do processo hermenêutico realizado pelo intérprete.

Judiciário), outra coisa é o dever de controle de convencionalidade das leis internas (que faz parte do duplo controle de compatibilidade, ou seja, do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade).

No presente artigo, conforme problema de pesquisa apresentado, vamos nos ater ao estudo dessa segunda parte do artigo primeiro.<sup>6</sup>

## 2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

Controlar a convencionalidade das leis significa aferir a compatibilidade das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Trata-se de uma técnica judicial de compatibilização vertical das leis com os preceitos internacionais de direitos humanos que o Brasil faz parte.

No âmbito do sistema interamericano, não obstante o controle de convencionalidade ser exigido desde a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, a expressão controle de convencionalidade surge na jurisprudência da Corte Interamericana apenas em 2003 em voto concorrente do juiz Sergio Garcia Ramirez no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*<sup>7</sup>, vejamos a passagem:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “**control de convencionalidad**” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. [grifo nosso]

Segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal controle tem como fundamento os artigos 1.1 e 2 da Convenção, tendo em vista que é dever dos Estados adotarem todas as medidas necessárias para dar efetividade aos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno (BORGES, 2018, p. 139), vejamos:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos  
1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo

<sup>6</sup> Para aprofundamento do estudo da primeira parte conferir: COURA, Alexandre de Castro; FELETTI, Vanessa Maria. A RECOMENDAÇÃO Nº 123/2022 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN EM PAÍSES QUE SE SUBMETEM À JURISDIÇÃO CONTENCIOSA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Voto concorrente do juiz Sergio Garcia Ramirez, §27, p. 165. Fonte: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)

de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Inicialmente, para uma primeira aproximação, afirmamos que controlar a convencionalidade das leis significa aferir a compatibilidade das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país.

No caso *Arellano Almonacid vs. Chile* (2006), porém, a Corte Interamericana de Direitos Humanos iniciou o desenvolvimento de sua jurisprudência para definir os contornos do que chamou de “doutrina do controle de convencionalidade” e foi além.

No citado caso, a Corte Interamericana estabeleceu que não apenas os textos dos tratados devem ser observados, mas também sua jurisprudência, pois constitui interpretação autêntica das disposições normativas do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Os precedentes da Corte Interamericana, portanto, estabelecem padrões mínimos de proteção aos direitos humanos e devem ser seguidos por todos os Estados que integram o sistema regional e que estão sob sua jurisdição contenciosa, independentemente de fazer parte ou não do processo internacional (GOMES, 2018, p. 51).

Também no caso *Arellano Almonacid vs. Chile* (2006), a Corte Interamericana estabeleceu a obrigação de os Estados realizarem, através de seus juízes e juízas, o controle de convencionalidade difuso, tendo em vista que o Poder Judiciário local também tem que observar as obrigações internacionais assumidas.

Com isso, o intérprete nacional, através do controle de convencionalidade, deve aferir a compatibilidade das normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos que o Brasil seja signatário, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a interpretação desses tratados estabelecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Vejamos trecho do parágrafo 124 da sentença onde as duas informações estão

expressas:<sup>8</sup>

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero **cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella**, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, **sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.** [grifo nosso]

O comportamento de não adotar a interpretação estabelecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e sim uma interpretação nacional do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, é chamado por André de Carvalho Ramos (2015, p. 321) de truque do ilusionista, pois o país alega que respeita o tratado, mas estabelece uma interpretação própria para esse mesmo texto, desvirtuando seu sentido de acordo com o interesse local a ser alcançado. O dever de observância da jurisprudência da Corte Interamericana visa impedir tal manobra.

Cumprir ressaltar nesse momento que, conforme vimos, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Além disso, o artigo 26 do mesmo tratado estabelece que “todos tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Com isso, os Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e se submeteram à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana devem cumprir de boa-fé as obrigações convencionais e não gerar impedimentos de direito interno ao seu cumprimento (BORGES, 2018, p. 141), adequando sua legislação e suas práticas aos parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos estabelecidos pela convenção.

Avançando no desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade em sua jurisprudência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também estabelece que

---

<sup>8</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 124. Fonte: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

esse controle deve ser realizado *ex officio* pelos Estados no caso *Gelman vs. Uruguai* (2011) no seguinte trecho:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél**, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo **que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad”** entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. [grifo nosso]<sup>9</sup>

Ampliando a obrigatoriedade de realizar o controle de convencionalidade, a Corte Interamericana, ainda no caso *Gelman vs. Uruguai* (2011), passa a entender que todos os órgãos do Estado têm tal dever e não apenas o Poder Judiciário, vejamos:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar **un “control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.** [grifo nosso]

Esse dever dos Estados de realizar o controle de convencionalidade é primário, somente ocorrendo o controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos se o Estado falhar na proteção dos direitos humanos, pois o controle de matriz internacional é uma proteção “de natureza convencional, coadjuvante ou complementar”,<sup>10</sup> conforme consta no preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Portanto, a partir da construção normativa e jurisprudencial, a Corte interamericana desenvolveu e consolidou o controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos.

<sup>9</sup> Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. §193. Fonte: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)

<sup>10</sup> [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

### **3 UMA RECOMENDAÇÃO COM CONTEÚDO VINCULANTE? A SUBMISSÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AO DEVER DE REALIZAR O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

O Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 67/2009), em seu artigo 102, estabelece que o seu Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações.

O parágrafo quinto desse mesmo artigo concede força vinculante apenas às Resoluções e Enunciados Administrativos, após a publicação no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça.

Não obstante o disciplinado em seu Regimento Interno, o Conselho Nacional de Justiça utilizou de uma Recomendação para veicular tema que possui observância obrigatória em decorrência da Constituição de 1988 e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que pode levar o intérprete a equívoco quanto ao dever de realizar o controle de convencionalidade.

Vamos entender por que isso seria um equívoco.

No âmbito interamericano temos dois sistemas de proteção de direitos humanos: o sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948 e o sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Esses sistemas estão interligados, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos foi gestada na Carta da OEA, a partir de seu artigo 106 e 145.

Além disso, o sistema da Convenção Interamericana é financiado pela OEA, a ele se aplicam subsidiariamente as regras do sistema da OEA, conforme dispõe o artigo 29, “b”, do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, e, ainda, tal sistema e a OEA têm a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como órgão comum, a qual possui duplo tratamento normativo.

No sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos que é seu órgão judicial, não fazendo parte do sistema da OEA. Sua criação foi prevista no artigo 33 da Convenção.<sup>11</sup>

O reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana não é obrigatório e depende de declaração unilateral nesse sentido. Conforme dispõe o artigo 62.1 do Pacto de San José ao estabelecer que todo Estado Parte da Convenção Americana de Direitos Humanos pode declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

Com isso, temos que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são de observância obrigatória apenas para os países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos e que reconhecem sua jurisdição contenciosa, o que é chamado de cláusula facultativa da jurisdição obrigatória.

Para além dessa jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também existe a jurisdição consultiva, a qual não depende de reconhecimento específico, bastando a adesão ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que sua função é de interpretar todos os tratados de proteção de direitos humanos nos Estados americanos (e não apenas as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos), mesmo na ausência de casos contenciosos.

Apesar de não possuir força vinculante, a interpretação dada pela Corte Interamericana em sua competência consultiva<sup>12</sup> já revela de antemão a interpretação que será dada à norma em eventual caso concreto que a envolva, devendo tal posição também ser conhecida e considerada pelo intérprete.

Diante da normativa internacional, o Estado brasileiro aderiu soberanamente ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos e, posteriormente, ratificou a sua cláusula facultativa de reconhecimento obrigatório da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de ato que leva a uma autolimitação de sua soberania, pois “ao ser parte em um compromisso internacional (tratado) de proteção

---

<sup>11</sup> Artigo 33 - São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

<sup>12</sup> Chamado de aferição de convencionalidade por Mazzuoli (2018, p. 51).

de direitos humanos, os Estados limitam sua soberania em prol dos direitos e liberdades das pessoas reconhecidos no respectivo instrumento” (Piovesan; Fachin; Mazzuoli, 2019, p. 23).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 permite a ampliação dos direitos, tendo em vista a abertura de seu texto ao estabelecer em seu art. 5º, § 2º que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, *ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. Além disso, temos também o artigo 7º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias que estabelece que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Diante da permissão constitucional, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi promulgada por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, dispondo em seu artigo 1º que os

Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

O Brasil, ainda, reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, por meio de nota transmitida ao Secretário-Geral da OEA, com a cláusula temporal de restrição para fatos ocorridos após o reconhecimento.

O Decreto de Promulgação, porém, somente ocorreu no ano de 2002. Não obstante, esse lapso temporal não impede a responsabilização do país no plano internacional a partir de 1998.

Apesar da adesão já tardia à normativa internacional de direitos humanos, tendo em vista que somente ocorreu após o advento da Constituição de 1988, a aplicação e efetividade do controle de convencionalidade ainda encontra resistência pelo intérprete brasileiro.

Nesse contexto normativo e fático, o Conselho Nacional de Justiça edita no ano de 2022 a Recomendação nº 123, a qual recomenda que juízes e juízas observem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e utilizem da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a

necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

Vemos, portanto, que a Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça relembra aos magistrados brasileiros, e demais intérpretes, o dever de dupla compatibilidade<sup>13</sup> de validade das normas, tendo em vista que tais deverem constam na Constituição da República e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Esse dever de dupla compatibilidade consiste na análise de constitucionalidade e de convencionalidade das normas para que ela seja válida e aplicada aos casos concretos sob julgamento perante o Poder Judiciário brasileiro, ou seja, magistrados e demais intérpretes brasileiros devem fazer uma dupla análise de compatibilidade para aferir a validade da norma perante a Constituição da República e os tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse ponto, vamos fazer uma distinção teórica para evitar confusões terminológicas, pois o dever de dupla compatibilidade não se confunde com a teoria do duplo controle ou teoria do duplo crivo, tendo em vista que o dever de dupla compatibilidade se refere à dupla análise de compatibilidade que o intérprete brasileiro deve fazer para aferir a validade da norma perante a Constituição da República e os tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Já a teoria do duplo controle ou duplo crivo se refere à análise da norma perante o intérprete nacional (o qual deve realizar a análise da dupla compatibilidade) e perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, se refere ao controle de convencionalidade nacional, que é primário, e ao controle de convencionalidade internacional, que é subsidiário ou secundário (Figueiredo, 2021, p. 166).

Retomando, o dever de dupla compatibilidade decorre da própria Constituição da República, tendo como principais normas que o fundamentam os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição, os quais estabelecem que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja

---

<sup>13</sup> Para aprofundamento, cf. André de Carvalho Ramos, *Processo Internacional de Direitos Humanos*, Ed. SaraivaJur, 2022.

parte” e os “ tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O artigo 5º, §2º do texto constitucional abre as portas do ordenamento jurídico brasileiro para a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais. Esse dispositivo também estabelece a submissão do intérprete aos tratados em que o Brasil seja parte.

Já o artigo 5º, §3º, por sua vez, cria a condição necessária para que haja o controle de convencionalidade não apenas difuso, mas também o controle de convencionalidade concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com isso, para além do controle difuso de convencionalidade, no Brasil também contamos com a proteção do controle concentrado, tanto de constitucionalidade como de convencionalidade.

Voltando ao Sistema Interamericano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolveu em sua jurisprudência o entendimento de que esse controle de convencionalidade deve ser feito *ex officio* por todo o poder público, e não apenas pelo Poder Judiciário, pois

**[c]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.<sup>14</sup> [grifo nosso]**

---

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. §128. Fonte: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

Sendo assim, diante de toda a normativa apresentada, podemos reconhecer que a dupla compatibilidade é realmente um dever e não uma mera recomendação.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O interesse pela realização da presente pesquisa nasceu da observação de que alguns intérpretes ainda resistem em utilizar a normativa oriunda de tratados e sua respectiva jurisprudência.

O desconhecimento da matéria da proteção internacional dos direitos humanos, ainda ausente na maioria dos cursos de graduação, ou alegações de violação da soberania nacional estão entre os motivos mais comuns para a não aplicação do controle de convencionalidade.

É necessário vencer o desconhecimento e a resistência ao novo para que o intérprete cumpra seu dever de analisar a dupla compatibilidade das leis. Esse duplo dever impacta tanto na aferição da validade das normas quanto na sua construção, já que o processo interpretativo do texto para identificar a norma jurídica deve ser constitucional e convencional.

Não obstante a demora no reconhecimento interno, o Conselho Nacional de Justiça vem empreendendo esforços para fomentar o conhecimento e a aplicação da normativa internacional de proteção de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Porém, é necessário entender que a observância da normativa internacional de proteção de direitos humanos e dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos não é uma opção do intérprete. No caso brasileiro, trata-se de obrigação constitucional e convencional, conforme vimos a partir da ampla fundamentação desenvolvida na presente pesquisa.

Sendo assim, nossa hipótese de trabalho se confirma, tendo em vista que a Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça traz um dever a ser observado e não um conselho dado ao intérprete, já que o conteúdo nela veiculado é vinculante por força da própria Constituição da República.

Não realizar o duplo controle de compatibilidade é descumprir a Constituição de 1988, constituindo o controle de convencionalidade um dever tal qual é o controle de

constitucionalidade, sendo que ambos deveres decorrem da Constituição.

Sendo assim, pelos fundamentos apresentados, podemos concluir que a Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça é uma recomendação com conteúdo vinculante.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** [recurso eletrônico]: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Supremo Tribunal Federal - 2ª ed. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisa e Gestão da Informação, 2022. eBook (470p.).

BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo internacional de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 67, de 3 de março de 2009**. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_comp\\_67\\_03032009\\_22032019151610.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_67_03032009_22032019151610.pdf).

**CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados** = VIENNA Convention on the Law of Treaties. 22 maio 1969. Disponível em: <http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>.

Corte IDH, **Caso Almonacid Arellano**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 124. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

Corte IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. §193. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf).

Corte IDH, **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**, Voto concorrente do juiz Sergio Garcia Ramirez, §27, p. 165. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf).

Corte IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de

noviembre de 2006. Serie C No. 158. §128. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf).

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro Figueiredo. **Controle de Convencionalidade: Novo paradigma para a magistratura brasileira**. 2ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de Convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girard; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.