

**O Artigo 5º. § 3º. da Constituição Federal,  
uma Análise a Partir do Direito Comparado Argentino**

**Eduardo Biacchi Gomes\***

**Resumo:** Direitos Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional Comparado. Análise da aplicação do artigo 5º §3º da Constituição Federal, da República Federativa do Brasil. Aplicação dos Tratados decorrentes dos Direitos Humanos na Constituição da Argentina. Mecanismos de interpretação e de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

**Abstract:** International Law of the Human Rights and Comparative Constitutional Law. Analysis of the application of the article 5, § 3 of the Federal Constitution, from the Federal Republic of Brazil. Application of the Treaties resulting from the Human Rights on the Argentinian Constitution. Mechanisms of interpretation and application on the Brazilian legal ordinance.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Direito dos Tratados; 3. Conflito entre tratado e lei e os Direitos Humanos; 4. Considerações Finais.

**Summary:** 1. Introduction; 2. Law of Treaties; 3. Conflict between treaty and law and the Human Rights; 4. Final Considerations.

**Palavras Chave:** Direito Internacional Público; Direito Internacional Constitucional; Constituição Brasileira; Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

**Keywords:** Public International Law; Constitutional International Law; Brazilian Constitution; Vienna Convention on Law of Treaties.

## **1 Introdução**

O Direito dos Tratados, representado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, ainda não ratificado pela República Federativa do Brasil, não obstante seja a mesma, na prática adotada no âmbito das negociações internacionais e, mesmo nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, sempre gerou enorme debate nos meios acadêmicos, principalmente em relação ao posicionamento hierárquico que os tratados possuem no ordenamento jurídico brasileiro.

A questão ganha maior destaque, ao confrontarmos o conflito, com a matéria relativa aos Direitos Humanos, notadamente porque muitos defendem a tese de que os tratados decorrentes de Direitos Humanos, já com o a redação disposta no artigo 5º., § 2º., deveriam ter o *status* constitucional.

\* Advogado, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da PUC/PR e da UNIBRASIL. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná e do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

## O ARTIGO 5º. § 3º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO COMPARADO ARGENTINO

Esse, aliás, sempre foi o nosso posicionamento, fazendo-se um comparativo com o disposto no artigo 75.22 da Constituição Federal da República da Argentina, que garante o *status* constitucional, aos tratados decorrentes de direitos humanos, ratificados pela Argentina, isto é, estão no mesmo grau hierárquico do que a Constituição.<sup>1</sup>

A questão parece, no Brasil, estar resolvida, com a Emenda Constitucional 45/04, que inseriu o § 3º. no artigo 5º. da nossa Constituição, de forma a assegurar, que os tratados aprovados, pelo Congresso Nacional, por maioria de 3/5, terão grau de hierarquia constitucional, sendo considerados como emendas à constituição.

O presente artigo tem por objeto examinar, á luz da Convenção de Viena de 1969, a temática da inserção dos Tratados decorrentes de Direitos Humanos, com a redação do § 3º., artigo 5º. da Constituição Federal e sua repercussão no plano internacional.

### 2 Direito dos Tratados

Os tratados representam o direito internacional positivado, isto é, ditos atos internacionais têm por finalidade regulamentar as relações jurídicas entre os sujeitos de Direito Internacional Público.

Devido a essas razões, os tratados são considerados como a principal fonte do Direito Internacional, notadamente, porque, na hipótese da existência de algum conflito, que deva ser dirimido pela Corte Internacional de Justiça, por exemplo, os julgadores terão a preferência de resolver a questão, através de ditas normas convencionais, que, antes de tudo, representam a vontade dos Estados contratantes.

Regra geral é que todos os tratados devem ser cumpridos de boa-fé, expressado pela Convenção de Viena, 1969, através da aplicação do princípio *pacta sunt servanda*.

A matéria está disposta na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, que tem por finalidade regulamentar todos os aspectos decorrentes dos tratados, conforme esclarece J.F. REZEK.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> "Artículo 75. Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluídos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tráos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

<sup>2</sup> REJEK, J.F., *Direito internacional público*, Curso Elementar, Editora Saraiva, São Paulo, 9ª edição, p. 13.

## EDUARDO BIACCHI GOMES

A Convenção de Viena possui a seguinte estrutura:

- a. Parte I: Expressões empregadas, onde são expostos os conceitos adotados na Convenção;
- b. Parte II: Conclusão e entrada em vigor dos tratados, que são os mecanismos através dos quais os tratados são concluídos e entram em vigor;
- c. Parte III: Observância, aplicação e interpretação dos tratados, em que se estabelece o fundamento de obrigatoriedade na observância dos tratados, com a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, além das hipóteses de aplicação e de interpretação;
- d. Parte IV: Emenda e modificação dos tratados, em que se estabelecem as regras relativas às emendas dos tratados;
- e. Parte V: Nulidade, extinção e suspensão da execução dos tratados, em que se disciplinam as hipóteses em que os atos internacionais podem ser declarados nulos, extintos ou, excepcionalmente, terem a sua eficácia suspensa;
- f. Demais disposições da Convenção de Viena:
  - f.1. Parte VI: Disposições diversas;
  - f.2. Parte VII: Depositários, Notificações, Correções e Registros;
  - f.3. Parte VIII: Disposições finais.<sup>3</sup>

Examinadas as características gerais da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, torna-se importante definirmos o conceito de Tratado, de acordo com o disposto no artigo 2º.I."a" da Convenção: "*Tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a denominação específica*".

Como visto pelo conceito acima, os tratados têm por finalidade regulamentar, por escrito, as relações jurídicas entre os sujeitos de Direito Internacional, quer conste de um ou mais instrumentos e independentemente de sua denominação.

Assim, qualquer ato internacional que se revista dessas características é, para a Convenção de Viena, conceituada como Tratado, podendo constar de um ou mais instrumentos, denominados de anexos.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> O Brasil ainda não ratificou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, pois o texto se encontra no Congresso Nacional, para apreciação, desde o ano de 1995. Não obstante, o Brasil aplica a Convenção, relativamente à celebração dos tratados.

<sup>4</sup> Neste sentido, vide J.F. REZEK, *op.cit.*, p. 16.

## O ARTIGO 5º. § 3º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO COMPARADO ARGENTINO

Muito embora a Convenção de Viena regulamente de forma genérica o conceito dos Tratados, a doutrina faz uma classificação terminológica deles, a saber:

- a. Tratados: são os acordos formais, dotados de maior importância jurídica;
- b. Convenções: têm por finalidade estabelecer normas gerais sobre determinada questão;
- c. Declaração: tem por finalidade criar princípios jurídicos;
- d. Protocolo: pode ser entendido como uma ata de uma Conferência Internacional, ou ser utilizado como um “adendo” a um tratado já existente, com a finalidade de explicitá-lo;
- e. Concordata: Acordos Internacionais, de natureza religiosa, celebrados entre a Santa Sé e os Estados.<sup>5</sup>

Estruturalmente, o tratado está dividido em:

- a. título, que define a matéria;
- b. preâmbulo, que define os Estados contratantes;
- c. artigos, que definem, propriamente dito, as regras a serem observadas entre as partes;
- d. local, data, assinatura e idioma em que é redigido;
- e. assinatura;
- f. anexos (eventualmente).

São requisitos para a celebração dos tratados:

- a. Capacidade das Partes Contratantes: normalmente são os Estados que celebram os tratados, além das Organizações Internacionais.<sup>6</sup>
- b. Habilitação dos agentes signatários: são os chamados plenipotenciários. São definidos pela Convenção de Viena como os representantes dos Estados, habilitados para expressar o consentimento Estado em obrigar-se pelo cumprimento do tratado, ou autenticar o texto. Devem apresentar plenos poderes apropriados para tanto. Não necessitam apresentar a carta de plenos poderes, desde que a prática indique ser a intenção do Estado em considerar a pessoa como tal. Possuem tais competências os representantes dos Estados que exercem as funções de negociadores, independentemente da apresentação da Carta de plenos poderes, os representantes de Estado e os representantes acreditados pelo Estado, perante uma conferência internacional ou organização internacional para adotar o texto em uma conferência.

<sup>5</sup> Para um maior aprofundamento, vide Celso D. de Albuquerque de Mello, *Curso de Direito internacional público*, Volume I, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, 14ª Ed., p. 205.

<sup>6</sup> A capacidade para celebrar tratados, está disposta no artigo 6º. Da Convenção de Viena. “*Todo o Estado tem capacidade para celebrar tratados*”.

c. Objeto lícito e possível: Nas palavras de Celso D. de Albuquerque Mello,<sup>7</sup> o Tratado não pode infringir uma norma imperativa de Direito, como, por exemplo, as normas da Carta da ONU.

d. Consentimento mútuo: Normalmente, o consentimento em obrigar-se pelo cumprimento dos tratados se dá pela assinatura, ratificação, adesão, troca dos instrumentos ou qualquer outro meio que manifeste a vontade das partes.<sup>8</sup> A vontade das partes, igualmente, não pode estar maculada pelos vícios de consentimento, como é o caso do erro, dolo, corrupção do representante do Estado, coação do representante de um Estado e coação de um Estado pela ameaça ou emprego da força.

No âmbito do Direito dos Tratados,<sup>9</sup> importante destacar, ainda, o significado das Reservas: *"Significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, ita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado"*.

Portanto, as reservas consistem em uma declaração unilateral apresentada pelo Estado efetuada até antes de ele aderir ao tratado, com a finalidade de excluir ou modificar os efeitos de determinado artigo, de forma a eximi-lo de dita imposição e, consêquentemente, modificar os efeitos do tratado entre o Estado que formula a reserva e os demais.<sup>10</sup>

Finalmente, a denúncia é uma das modalidades através das quais o Estado se exonera do cumprimento do tratado, é um ato unilateral e soberano e somente gera efeitos transcorrido o prazo de doze meses da comunicação do ato, normalmente, a possibilidade da formulação da reserva, estará prevista no tratado.

Se o tratado não dispuser tal previsão, assim regulamenta o artigo 56 da Convenção de Viena, 1969:

*"Artigo 56.º-Denúncia ou retirada no caso de um tratado não conter disposições relativas à cessação da vigência, à denúncia ou à retirada*

*1 - Um tratado que não contenha disposições relativas à cessação da sua vigência e não preveja que as Partes possam denunciá-lo ou dele retirar-se não pode ser objecto de denúncia ou de retirada, salvo:*

*a) Se estiver estabelecido que as Partes admitiram a possibilidade de denúncia ou de retirada; ou*

*b) Se o direito de denúncia ou de retirada puder ser deduzido da natureza do tratado.*

*2 - Uma Parte deve notificar, pelo menos com 12 meses de antecedência, a sua intenção de proceder à denúncia ou à retirada de um tratado, nos termos previstos no n.º 1".*

<sup>7</sup> *Op.cit.*, p. 299,

<sup>8</sup> Vide artigos 11 a 17 da Convenção de Viena, 1969.

<sup>9</sup> Artigo 2º D.

<sup>10</sup> Relativamente às hipóteses em que não são permitidos as reservas e seus efeitos, vide o disposto nos artigos 19 e seguintes da Convenção de Viena, 1969.

**O ARTIGO 5º. § 3º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL,  
UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO COMPARADO ARGENTINO**

Também é hipótese de extinção, suspensão ou retirada de um Estado, em relação aos tratados a ocorrência de impossibilidade superveniente e mudança das circunstâncias, conforme estabelecem os artigos 61 e 62 da Convenção de Viena, 1969. Na primeira hipótese, o Estado fica impossibilitado de cumprir com o objeto do tratado, tendo em vista o desaparecimento ou a destruição de seu objeto, podendo assim, dele se retirar, ou até ser razão de extinção do tratado. Se a possibilidade de execução for temporária, ter-se-á a suspensão do tratado. A parte que invoca o dispositivo, não poderá ter dado causa ao fato.

Na segunda hipótese, tem-se a ocorrência de um fato imprevisível e inevitável, que vem a alterar, no futuro, as condições anteriormente avençadas. Referida condição deve ser imprevisível e, que se as partes soubessem à época, não teriam celebrado o tratado. Também, a parte que a invoca, não pode ter dado ensejo ao fato.

Assim expressam os artigos 61 e 62 da Convenção de Viena, 1969:

*“Artigo 61*

*Impossibilidade Superveniente de Cumprimento*

*1. Uma parte pode invocar a impossibilidade de cumprir um tratado como causa de extinção ou de retirada, se essa impossibilidade resultar da destruição ou do desaparecimento definitivo de um objeto indispensável à execução do tratado. Se a impossibilidade for temporária, pode ser invocada somente como motivo para suspender a execução do tratado.*

*2. A impossibilidade de cumprimento não pode ser invocada por uma das partes como causa de extinção, de retirada ou de suspensão da execução do tratado, se essa impossibilidade resulta de uma violação pela parte que a invoca, quer de uma obrigação do tratado, quer de qualquer outra obrigação internacional em relação a qualquer outra parte no tratado.*

*Artigo 62*

*Mudança Fundamental de Circunstâncias*

*1. Uma mudança fundamental de circunstâncias, ocorrida em relação àquelas existentes no momento da conclusão do tratado e não prevista pelas partes, não pode ser invocada como causa para a extinção ou a retirada do tratado, a menos que:*

- a) a existência dessas circunstâncias tenha constituído uma condição essencial do consentimento das partes em se obrigarem pelo tratado; e*
- b) essa mudança tenha por efeito a transformação radical da natureza das obrigações ainda pendentes de cumprimento em virtude do tratado.*

*2. Uma mudança fundamental das circunstâncias não pode ser invocada como causa para a extinção ou retirada do tratado:*

- a) se o tratado for de limites; ou*
- b) se a mudança fundamental resultar de violação pela parte que a invoca, seja de um tratado, seja de qualquer outra obrigação internacional em relação às outras partes no tratado.*

*3. Se, nos termos dos parágrafos anteriores, uma parte pode invocar uma mudança fundamental de circunstâncias como causa para a extinção ou retirada do tratado, pode também invocá-la para suspender a execução do tratado”.*

Relativamente aos tratados, finalmente, é importante destacar que um tratado é nulo, na hipótese de violar uma norma geral e imperativa de Direito Internacional, o

chamado *jus cogens*. A nulidade, decorrente de uma norma imperativa de Direito Internacional pode ocorrer anteriormente à existência de um tratado, ou posteriormente.<sup>11</sup>

A Convenção de Viena, 1969, assim estabelece:

*“Artigo 53*

*Tratado em Conflito Com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral*  
(*Jus Cogens*)

*É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.*

*Artigo 64*

*Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral.*  
(*Jus Cogens*)

*Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.*

### 3 Conflito entre Tratado e Lei e os Direitos Humanos

Matéria relevante e de suma importância ao Direito Internacional, possuindo uma estreita relação com o Direito Constitucional, é a questão relativa ao conflito entre *tratado X lei* e *tratado X constituição*, o que, em termos práticos, consiste no que consideramos a seguir.

Na hipótese de algum conflito entre um tratado e uma lei, ou da constituição e um tratado, o que deve prevalecer? Dependendo do posicionamento adotado, diversas poderão ser as conseqüências e a resposta deverá ser obtida nas Constituições dos Estados.

No caso da República Federativa do Brasil, há que se observar o disposto nos artigos 5, § 3º. Da Constituição Brasileira, 49, inciso I e 84, incisos VII e VIII.

Doutrinariamente, importante destacar as teorias monistas e dualista.

A escola da teoria dualista, construída por Carl Heinrich Triepel e Alfred Vedross e outros doutrinadores, admite a existência de duas ordens jurídicas distintas, uma nacional e outra internacional, igualmente válidas. Ambos os direitos caminham em paralelo e o conflito de normas ocorreria quando da internalização ou incorporação das normas internacionais ao ordenamento jurídico interno (nesta hipótese, não se pode falar em conflito de norma internacional e norma nacional - conflito de leis no espaço -, pois, em verdade, o conflito se daria no âmbito do direito interno - conflito de leis no tempo).

Para os adeptos desta teoria, as normas do Direito Internacional Público somente regulam questões entre Estados, não sendo capazes de produzir direitos e obrigações aos particulares, uma vez que são estabelecidas por fontes jurídicas distintas.

<sup>11</sup> Um exemplo de norma imperativa de Direito Internacional, são os Direitos Humanos e, qualquer tratado que venha a contrariar esses direitos, é nulo de pleno direito.

## O ARTIGO 5º. § 3º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO COMPARADO ARGENTINO

Justifica ANZILOTTI que as ordens jurídicas internas e externas são diversas porque tem destinatários diferentes, enquanto a internacional, regulamenta as relações entre os Estados, a interna, regulamenta a dos indivíduos, emanando de fontes diversas tendo, portanto, a escola monista, concebida por doutrinadores como Kelsen, Verdross, Duguit e Scelle, entende a ordem jurídica internacional e a nacional como integrantes de um mesmo sistema jurídico, não havendo a necessidade de o Estado, após ratificar um tratado internacional, proceder à internalização de suas normas, posto que elas são automaticamente aplicáveis.

A teoria monista subdivide-se em duas categorias: a que reconhece a supremacia do Direito Internacional pautada por uma relativização do conceito de soberania, quicá a mais adequada às atuais tendências mundiais, e a que reconhece o primado do direito nacional embasado no conceito clássico e incondicional de soberania estatal.

Para a teoria monista da primazia do Direito Internacional, as normas internacionais têm aplicabilidade direta no ordenamento jurídico dos Estados e força de derrogar as leis nacionais com ela incompatíveis. Já a corrente monista, que afirma a superioridade do direito nacional, não obstante reconhecer a aplicabilidade imediata das normas internacionais, nega vigência a elas quando incompatíveis com as normas nacionais.

A teoria monista do primado do direito nacional deixa, cada vez mais, de ter aplicabilidade, pois, com base no conceito do poder incondicionado e soberano do Estado, nega qualquer responsabilidade do Estado por descumprimento de norma internacional.

A concepção monista da primazia do Direito Internacional é a que atualmente prevalece em vários países, dentre os quais Argentina e Paraguai, no âmbito do MERCOSUL, e Portugal, Luxemburgo, Grécia e outros, na Europa.

No ordenamento constitucional brasileiro, não há dispositivo que estabeleça hierarquia nas normas internacionais em relação às nacionais. Consideradas equivalentes, são aplicadas segundo a regra *lex posterior revocat priori*.

Muito embora, como analisado anteriormente, o artigo 4º, parágrafo único, da Constituição Federal, estabeleça que a Nação tem como finalidade buscar a integração política entre os Estados latino-americanos, não explícita, a exemplo do texto constitucional uruguaio, mecanismos que a viabilizem.

A Constituição brasileira prevê sistema de celebração e de aprovação dos tratados, nos artigos 84, inciso VIII (competência exclusiva do Presidente da República para celebrar tratados), e 49, inciso I (competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados internacionais que acarretam obrigações ao Estado).

Entretanto, deve-se reconhecer ser importantíssima a Emenda Constitucional n. 45, que assegura, ao Tratados decorrentes de Direitos Humanos, grau de hierarquia constitucional, assim disposto:

"Art. 5º.

§ 3º. 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”.*

No campo do Direito Constitucional Comparado, o Direito argentino é profícuo no tema, tendo em vista a redação do disposto no artigo 75.22.

Ao comentar o tema, ANGÉLICA GELLI,<sup>12</sup> entende que a Constituição de 1994, estabeleceu a supremacia desta, sobre as demais normas mas reconhece, a determinados tratados decorrentes de Direitos Humanos, hierarquia constitucional.

TRAVIESO<sup>13</sup> assim comenta:

*“El proceso de jerarquización de los Tratados de Derechos Humanos se opera a través de un régimen de mayorías agravadas especiales: el voto de las terceras partes de la totalidad de los miembros de ambas Cámaras: Diputados y Senadores.*

*De acuerdo con las normas constitucionales hay dos métodos o procesos: uno el de la probación que requiere la simple mayoría; y el otro, el de la jerarquización constitucional, que requiere una mayoría superior a la primera, esto es, los dos tercios.*

*(...)*

*La Constitución reformada establece que los tratados con jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, o sea: la parte dogmática; y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.*

*Eso significa que los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional se complementan con las normas de la parte dogmática de la Constitución Nacional”.*

Assim, ao menos em matérias relativas aos direitos humanos, a República Federativa do Brasil passa a acompanhar os textos constitucionais mais contemporâneos,<sup>14</sup> garantindo aos referidos atos internacionais força de emenda constitucional, desde que aprovados por 3/5 dos votos dos membros do Congresso.

#### 4 Considerações Finais

A matéria em comento ganha destaque à medida que, em face da interdependência, os Estados, cada vez mais e mais, tendem a manter celebrarem tratados com outros sujeitos de Direito Internacional e, assim sendo, a questão relativa aos Direitos Humanos ganha destaque, notadamente, ante a existência, de uma preocupação, cada vez maior em preservá-los, com a criação de Tribunais Internacionais, é o caso do Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Tratado de Roma, 1998.

<sup>12</sup> ANGÉLICA GELLI, Maria, *Constitución de la nación Argentina*, 2ª Edição, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 592, ss.

<sup>13</sup> TRAVIESO, Juan Antonio, *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, pp. 32, 33.

<sup>14</sup> A exemplo da Constituição argentina.

**O ARTIGO 5º, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL,  
UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO COMPARADO ARGENTINO**

A elevação dos tratados decorrentes de Direitos Humanos ao *status* constitucional, efetuada com a Ementa 45/04 é extremamente salutar, pois vem a dar maior segurança jurídica, tanto no plano nacional, como no plano internacional, no cumprimento dessas normas internacionais.

Por último, importante esclarecer o mecanismo de celebração dos tratados, em nosso ordenamento jurídico:

Fase Externa	Fase Interna	Fase Externa	Fase Interna	Fase Externa
Negociação e Assinatura	Aprovação Congressual	Ratificação	Promulgação e Publicação de Decreto Presidencial	Depósito do instrumento de Ratificação (Tratados Multilaterais)
	494 CF/88 – Decreto Legislativo	Chefe De Estado – Art 84, VIII CF/88 – Ato Discricionário – Entra em Vigor no Plano Externo	inova na Ordem Jurídica, Toma Público e Perfeito O Ato – entra em Vigor no Plano Interno	Registro na ONU (Artigo 102, Carta da ONU)

A tramitação inicia-se com as negociações, sendo competência do Chefe de Estado ou do Ministro das Relações Exteriores. Etapa seguinte é a assinatura, que tem a finalidade de autenticar o texto, isto é, torná-lo oficial, além de demarcar o fim das negociações. Estas são as fases externas.

Após, tem-se a fase interna, na qual há a aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, que expede um Decreto Legislativo, autorizando o Chefe de Estado a ratificá-lo. Observe-se o seguinte detalhe: a ratificação é ato discricionário e de competência exclusiva do Chefe de Estado.

Transcorrida esta fase, tem-se a fase externa, com a ratificação do tratado, efetuada pelo Chefe de Estado e o seu comprometimento em cumprir, no plano internacional, com o dispositivo do ato internacional. É a partir da ratificação do tratado que ele começa a vigorar no plano internacional e, a partir daí, o Estado poderá ser responsabilizado internacionalmente.

Após a ratificação, deve ser expedido e promulgado o Decreto Presidencial, com a finalidade de tornar perfeito e público o ato, inovando na ordem jurídica, de modo a gerar efeitos no plano interno.<sup>15</sup>

Finalmente, no plano externo, há o depósito do instrumento de ratificação, nas hipóteses de tratados multilaterais e o seu registro na ONU.

Assim, o presente estudo teve por base, à luz do Direito Comparado, fazer uma análise do Direito dos Tratados, em cotejo com os Direitos Humanos, tema que passa a ganhar destaque com a publicação da Emenda Constitucional 45/04.

<sup>15</sup> A propósito, consultar a ADIN 1.480-3/D.