

A TUTELA DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PELA TEORIA DO *JUS COGENS*

Bruno Smolarek Dias¹

Alexandre Magno Augusto Moreira²

Área de Conhecimento: Direito

Eixo Temático: Direitos Humanos, inclusão social, estado, cultura e cidadania.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar de forma teórica as normas peremptórias de Direito Internacional, o *jus cogens*, e das normas protetivas dos Direitos Humanos, no intuito de se demonstrar uma relação possível entre as normas sociais dos Direitos Humanos, em especial o Direito à Educação e as normas *juris cogentis* do Direito Internacional Geral. Tal demonstração implica a existência de uma realidade social e política que importa na necessidade do reconhecimento de uma norma por parte dos atores do Direito Internacional. Portanto, ao analisar o caráter peremptório do Direito à Educação, demonstrar-se-á a eficácia enquanto direito humano social. O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o indutivo; na fase de Tratamento dos Dados será o Cartesiano, com pesquisas de cunho bibliográfico como complemento.

Palavras-chave: Direito Internacional, Direitos Humanos Sociais, Direito à Educação, Demandas Individuais.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo científico do presente artigo é determinar o Direito à Educação, como representativo dos Direitos Humanos Sociais, e potencial direito fundamental da sociedade transnacional, por considerá-lo como, *lege ferenda*, parte do *jus cogens* internacional, com possibilidade de serem demandáveis nos tribunais internacionais de Direitos Humanos.

Trata-se como premissa, na identificação de conteúdo das normas do *jus cogens*, dada a inexistência de um rol taxativo, frente a ausência de uniformidade de tais direitos pela evolução da Comunidade Internacional.

Em momento posterior, far-se-á uma abordagem dos direitos humanos de uma forma geral, para que, depois de elucidados, apesar de implícitos na norma internacional, possam fazer parte do conjunto de normas cogentes do direito

¹ Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista CAPES Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho Portugal. Professor do Curso de Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Unidade Universitária de Francisco Beltrão – PR. E-mail: professorbruno@unipar.br .

² Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIPAR – Universidade Paranaense, Unidade Universitária Sede em Umuarama – Pr, Professor do Curso de Direito da UNIPAR – Universidade Paranaense, Unidade Universitária de Francisco Beltrão – Pr. E-mail: alexandremagno@unipar.br.



internacional, concedendo a característica de direitos fundamentais, ensejando a possibilidade de cumprimento imediato dos mesmos.

A finalidade precípua pode ser definida como a construção e exposição de um aparato inteligível que dê sustentáculo à possíveis procedimentos internacionais para a busca de efetivação destes direitos através das normas de Direito Internacional existentes e das premissas atuais do que os internacionalistas vem chamando de *jus cogens* internacional, sustentado pelas Convenções de Viena do Direito dos Tratados (1969 e 1986).

2 O Direito Internacional e a Teoria do *Jus Gogens*

O Direito Internacional foi concebido como internacional por Jeremias Bentham que designou que as relações havidas que não se restringiam ao “municipal law” e ao “national law” (MELO, 1950) deveriam ser assim consideradas. Contemporaneamente se dá ao termo o conceito das relações havidas que envolvam duas ou mais entidades soberanas nacionais ou entre outros sujeitos de Direito Internacional. Assim sendo, as relações em que dois ou mais Estados, ou ordenamentos jurídicos, se encontram envolvidos se denomina como Internacional, e os efeitos gerados por estas relações aos outros sujeitos do Direito Internacional¹.

Alguns autores (SIMMA; PAULUS; 1998, p. 266-277) têm a predileção por considerar este o Direito que regula a Comunidade Internacional, tendo em vista a evidente existência de uma forma de convívio entre os sujeitos de Direito Internacional, e este convívio demanda a necessidade de um corpo jurídico.

O Direito Internacional Público é mundialmente conhecido como Direito Internacional, enquanto que o Direito Internacional Privado é comumente designado como conflito de jurisdição ou de ordenamentos jurídicos. Justifica-se esse apartado para designar-se que o objeto de estudo deste trabalho é o Direito Internacional Público, que doravante será designado como Direito Internacional, uma vez feita a ressalva acima.

O Direito Internacional caracteriza-se pela construção de um espaço, em que Estados igualmente soberanos no exercício de seus direitos decidem por bem atribuir, ou reconhecer, regras para o funcionamento de suas relações. Assim sendo, por muito tempo acreditou-se que o sistema internacional no qual as entidades



governamentais exerciam suas práticas tinha origem não num pacto social, como ocorrido nas sociedades localizadas das nações, mas num acordo pontual existente entre as nações de forma a cadenciar e regular as relações entre elas, determinando, portanto, as formas de fontes consideradas aceitáveis ao Direito Internacional (VITORIA, 1966).

Uma das principais características que tem de ser avaliadas ao tratar de Direito Internacional é de que não existe uma instituição responsável pela criação de leis e que possa ser considerada hierarquicamente superior aos outros Estados para que impusesse os desígnios de suas normas (WEILER, 1997, p. 545/565). Como no Direito Interno existe a figura do Estado que monopoliza o uso da força física aliado com os poderes da soberania, designam na democracia pelo bem do povo e em seu nome, as normas de relacionamento e controla o seu cumprimento (KOSKENNIEMI, 2004, p. 197/218).

O Direito Internacional faz uso da força de outra forma, na qual em determinadas circunstâncias, a constrição legal pode e deve ser aplicada. Podendo ela ser de relações, de ordem econômica, interventiva ou até mesmo com o uso da força propriamente dita. A grande diferença do Direito Internacional com relação ao Direito Interno, no que tange ao uso da força sancionatória como forma de regulação, é que o titular do uso dessa força não é uma entidade superior, visto que essa não existe, e sim, os próprios membros da comunidade internacional.

Funcionando como proposta de linguagem universal (SPIJKERS, 2009-2010, p. 68/87), o Direito Internacional considerava os Estados-Nação, independentemente de onde se localizavam, aptos a regular suas relações de uma forma que fossem consideradas como aceitas universalmente. Papel de universalização de procedimento que não o impede de ser efetivo na consecução de resultados, apesar de atribuído e instituído nos moldes europeus (KOSKENNIEMI, 2005), o Direito Internacional proporciona aos seus atores a capacidade de relacionamento de forma adequada aos problemas da sociedade moderna. Apenas com a ressalva de que a sociedade moderna já não é o único modelo de sociedade existente, e a complexidade apresenta novos problemas.

Portanto, o Direito é reflexo da sociedade que ele regula avançando conforme as relações entre os membros dessa sociedade se alteram (HELLER, 1968), de forma que, um determinado ramo do Direito é tão evoluído como as relações que ele



regula exijam (KELSEN, 1998). Assim sendo, com alteração recente das formas de relacionamento entre os Estados, a vinculação econômica entre praticamente todos os países, e os riscos ambientais que a todos vinculam, o Direito Internacional também deve passar por um avanço, uma reconstrução em busca de regular estas novas relações jurídicas que nos cercam.

Ao analisar o Direito Internacional sob a perspectiva de sua validade, de acordo com Kelsen, um sistema jurídico só terá validade uma vez que estabelecido sobre uma norma hipotética fundamental que possa garantir a existência desse sistema e sua validade. No caso do Direito Internacional, Kelsen designou que esta legislação mestra, esta norma fundamental é aquela que determina que os costumes internacionais dos Estados devam ser respeitados, ou seja, que identifica que os Estados têm a premissa de manterem seus relacionamentos de forma que os costumes internacionais sejam mantidos.

Na atual conjuntura do Direito Internacional o papel da Norma Hipotética Fundamental ou de meta-norma de reconhecimento pode ser atribuído à outros valores que não o “pacta sunt servanda” e o voluntarismo simplista. O Direito Internacional é em sua essência evolucionista (FRIEDMANN, 1964), e parte-se da premissa de que é cambiante e acompanha o desenvolvimento do grupamento que ele regula (LEBEN, 1997, p. 399-408).

Na criação da Organização das Nações Unidas, principal Organismo Internacional, fica claro pelo preâmbulo do documento, hoje assinado e reconhecido por 193 membros, o núcleo do Direito Internacional reside na “fé nos Direitos Humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana” (DUPUY, 2005, p. 131/137).

O Direito Internacional possui como Norma Fundamental (*Grundnorm*) o respeito às conquistas feitas em nome dos sujeitos de Direito e, mais especificamente, em prol destes mesmos sujeitos de Direito (PEREIRA, 2005), no desenvolvimento do Direito Internacional de Cooperação, ao invés da coexistência (FRIEDMANN, 1964). A grande força motriz do Direito na modernidade e contemporaneidade foi o reconhecimento dos direitos de liberdade, o reconhecimento do papel do Direito na vida humana. Assim sendo, o Direito Internacional deve também, como o próprio Direito o foi, ser reescrito de forma que possibilite este reconhecimento, e além dele, a aplicabilidade dos Direitos Humanos.



Deve-se ficar clara a situação da incorporação de novos sujeitos à Comunidade Internacional, seja por fissão de uma entidade estatal previamente existente, citando-se como exemplo as várias repúblicas surgidas da antiga Jugoslávia, seja por separação simples, como o ocorrido na situação do Timor Leste. Ambas as situações, para que galgassem o reconhecimento como parte da Comunidade Internacional de Estados, lhes foi demandado o reconhecimento e submissão a estes valores representativos da estrutura do Direito Internacional, quais sejam, os Direitos Humanos.

Segundo a norma tradicional, os novos Estados ficam automaticamente vinculados ao Direito Internacional de modo geral aceite. O principal internacionalista soviético, Tunkin, tentou conciliar esta norma com a teoria consensual, afirmando: *'No que se refere aos novos Estados, encontram-se juridicamente habilitados a não reconhecer normas particulares consuetudinárias de Direito Internacional, contudo, o estabelecimento de relações oficiais com outros países sem quaisquer reservas significa que o novo Estado aceita um certo conjunto de princípios e normas do actual Direito Internacional que constituem a base das relações entre estados'*. Esta análise reduz o consentimento a uma ficção; o novo Estado encontra-se na posição de obrigado, não porque tenha consentido, mas porque não conseguiu opor-se às normas vigentes (AKEHURST, 1985, p. 13).

Objetiva-se a demonstrar, portanto, que dentro da teoria jusnaturalista para o Direito Internacional, que não é contraposta da estruturação positivista, estão presentes os Direitos Humanos, em especial o da Educação, e como esse núcleo essencial do Direito Internacional interage com as outras normas do sistema.

2.1 A Teoria do *Jus Cogens* Internacional

Dentro da estrutura do próprio Direito, com a superação do paradigma exclusivamente positivista como determinado pela teoria pura de Kelsen, passa-se novamente a considerar a existência de estruturas que não somente aquelas positivamente estabelecidas através de regras postas.

Baseado nesta ideia, o ordenamento jurídico internacional passou a reconhecer a existência de normas que não somente as postas pelas regras estabelecidas nos tratados e nos costumes internacionais. Já com o Tribunal de Nuremberg e os outros tribunais penais *ad hoc*, reconheceu-se a existência de um conjunto de normas jurídicas não postas, que se sobreporiam à vontade dos Estados.



Este conjunto de normas recebeu o nome de normas *juris cogentis*, *jus cogens* ou normas peremptórias de Direito Internacional, tendo em vista o seu caráter de sobreposição sobre as outras normas, e conseqüentemente à vontade dos Estados.

Este instituto jurídico, apesar de hoje poder ser considerado como consenso dentro da doutrina e da prática internacional, pode, de acordo com a doutrina, possuir naturezas jurídicas diversas, seja ela subjetiva ou objetiva.

Dentro da lógica subjetivista, o que dá validade a uma norma peremptória seria a aceitação por parte dos sujeitos de Direito Internacional do caráter peremptório de uma determinada norma. Tendo em vista o Direito Internacional para grande parte da doutrina, ser considerado como absolutamente voluntarista logo dependente da vontade dos Estados para o seu estabelecimento, as normas adquiririam o seu caráter peremptório a partir deste reconhecimento e aceitação por parte dos Estados (ROZAKIS, 1976).

A teoria objetivista propugna por outra interpretação da natureza jurídica da norma *juris cogentis* do Direito Internacional, pois a validade jurídica seria atribuída a estas normas não de acordo com a aceitação ou não por parte dos Estados, mas em função do objeto por ela tutelado (VERDROSS, 1966). Assim sendo, a norma seria considerada como peremptória ou não de acordo com o objeto, o bem jurídico tutelado.

Por questão de lógica pura, não parece bem estruturado um sistema no qual uma norma, cujo objetivo é funcionar como limitador da liberalidade dos Estados, seja considerada válida, dependa da aceitação deste Estado que terá a sua liberdade de atuação limitada pela norma.

Seria dizer, que a norma constitucional, que cria e delimita o poder do Estado, dependa única e exclusivamente deste Estado para que seja considerada válida, enquanto que se propugna a Constituição como manifestação do poder social dos membros de uma sociedade que representando esta, passarão a estruturar um Estado, com base nos valores estabelecidos por esta sociedade (COMPARATO, 2006, p. 189/224).

Com base nesta linha de raciocínio, seria mais lógico pensar nas normas de *jus cogens* possuindo o seu caráter de peremptoriedade em função dos valores que a mesma defende tendo em vista a existência de um conjunto social, por muitos



denominados como comunidade internacional.

Epistemologicamente falando, as normas peremptórias podem ser também entendidas de duas formas diversas. A primeira delas seria a visão jusnaturalista, que tem seu início na idade média com São Tomás de Aquino que vinculava a ideologia de valores superiores à norma posta a uma questão de respeito às normas divinas, e que por serem divinas deveriam ser respeitadas. Lógico que dentro da estrutura do Direito Internacional, estas normas de caráter divino não devem ser levadas em consideração até pela característica de imutabilidade de suas normas, que não é condizente com a própria estrutura do Direito.

A interpretação de Weber (2007) sobre o Direito Natural se aproxima mais daquilo que se espera de uma teoria aplicável ao Direito quando denota que este seria um conjunto de normas independentes do próprio direito positivado e que sobre este exerceriam um papel de superioridade.

Além de deslocar a natureza jurídica da estrutura jurídica da existência deôntica, referido autor defende que este, como logicamente se percebe, não pode ser considerado como imutável. O direito não impede o dever histórico, e sim, se adapta a ele.

A segunda possibilidade seria a consideração das normas cogentes como tendo uma natureza positivada, vez que se encontram previstas em alguns tratados internacionais.

Seria este o caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (UNITED NATIONS, 1969) que em seu artigo 53 nominado de “Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*)”, estatui que “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional Geral”.

Mas esta teoria também é passível de críticas, pois se considerarmos o Direito Internacional como voluntarista, tese não defendida neste trabalho, teria de se desconsiderar o positivismo, pois o tratado e logo a manifestação de vontade só seriam aplicáveis aos Estados signatários, deixando todos os outros de fora.

Segundo Orakhelashvili (2006), em seu livro sobre o instituto do *jus cogens*, este estabelece outra correlação. Para o autor as normas peremptórias de Direito Internacional Geral não devem ser confundidas com o Direito Natural, mas sim, a expressão de uma ordem legal comum entre a comunidade de nações, expressão



esta que reflete a evolução histórica de suas convicções comuns.

Não sendo também considerada como estritamente positiva, vez que não é produto da vontade dos Estados, como explicitado acima quando da natureza objetiva do instituto, não se coadunando com nenhuma destas teorias precedentes.

Em complemento, as normas peremptórias de Direito Internacional em sua forma presente se constituem num conceito que se sustenta independente destas rotulações, que não conseguem explicar todas as suas peculiaridades (ORAKHELASHVILI, 2006).

Ao interpretar tais normas pode-se dizer que o autor tem razão, pois o instituto não está adstrito aos limites de nenhuma das duas teorias, tendo perpassado e ultrapassado os limites teóricos e fáticos de ambas, sendo muito mais próximo de conceitos como o de ordem pública internacional e da comunidade internacional, que serão objeto de posterior análise.

As normas peremptórias são objetivamente consideradas como normas válidas, tendo em vista o seu conteúdo, necessário para a implantação e manutenção das relações sustentáveis (no seu conceito social) de uma comunidade internacional que não pode mais ter a sua existência negada, constituindo-se num fato social.

Como fato social deve ser analisado em função do grupo que regula, de suas características e de seus objetivos, com o escopo de efetiva proteção dos bens jurídicos que pretende tutelar. Com o avanço deste grupo social também devem desenvolver-se as normas, que terão uma conotação dinâmica, cujo funcionamento restará demonstrado.

3 Direitos Humanos Sociais no Direito Internacional

Os Direitos Humanos são considerados por muitos como simplesmente os direitos inerentes às pessoas humanas. Mas os Direitos Humanos são muito mais, qualificando-se como um conceito político, moral e também um conceito legal que estruturam as bases dos direitos considerados essenciais às pessoas (D'AMATO, 1982, p. 1110-1159).

A expressão Direitos Humanos tem um profundo caráter supranacional, vez que se interpreta como as posições jurídicas que reconhecem o caráter humano



como tal, sem condições no que tange à vinculação a um determinado Estado, ou ordem constitucional, a princípio válido independentemente da localização geográfica e do tempo, critério este que não deve ser confundido com a imutabilidade do jusnaturalismo, visto que é evolutivo (SARLET, 2006).

São necessidades do próprio homem que condicionam a criação das normas de Direitos Humanos. Este objetivo seria conseguido quando possibilitado o conjunto da liberdade moral, psicológica e de escolha, todas concomitantes, e factualmente aplicáveis e exigíveis. Assim, os Direitos Humanos devem ser visualizados e conceitualizados através de suas dimensões de justiça, de validade e de eficácia.

Para Peces-Barba Martinez (2007, p. 353-375), “este assume os valores éticos primeiro, políticos depois, e os converte em jurídicos, organizando a convivência social, com suas técnicas próprias, e com o objetivo de cumprir esses fins morais últimos no desenvolvimento da dignidade humana, que estão no fundamento, e no porque dos direitos”.

Autores conceituam os Direitos Humanos como reflexo de um “construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social” (PIOVESAN, 2006, p. 8). Para outros, as origens e a fundamentação dos direitos humanos se confunde, pois ao estudar as origens se compreende sua fundamentação, mas não tem dúvidas em dizer que, mesmo com origens antigas, estes têm esta conformação a partir da modernidade.

Com relação a própria função dos Direitos Humanos a doutrina procura dividi-los em funções objetivas/institucionais ou subjetivas/individuais.

A função objetiva seria a expressão dos valores nucleares de uma determinada ordem jurídica, não se resumindo apenas a limitação dos atos jurídicos da autoridade estatal, funcionando estes valores como fundamentação jurídico-objetiva dirigindo o ordenamento jurídico (SARLET, 2006).

A função subjetiva estaria vinculada a garantia de posições jurídico-individuais aos titulares do bem jurídico tutelado, referindo-se:

“à possibilidade que tem o seu titular... de fazer valer judicialmente os poderes, liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagrada do direito fundamental em questão” (SARLET, 2006, p. 179).

Valendo ressaltar que esta função subjetiva não exclui a possibilidade de que os titulares do Direito Humano em tela sejam pessoas coletivas, ou mesmo, difusas



ou indeterminadas.

4 Direito à Educação: direito humano e *jus cogens* internacional latente

A doutrina e a jurisprudência nacional e internacional não possuem dúvidas, de que nem todos os direitos podem ser relacionados como sendo fundamentais, humanos ou peremptórios para o Direito Internacional.

Como já existia, a determinação na teoria de Schmitt (1992), mesmo nas normas de estruturação do ordenamento jurídico, as constitucionais, existem as normas formalmente e materialmente constitucionais, indicando que a mera presença nos textos normativos não significa automática relação com os Direitos Humanos Fundamentais.

Segundo os ensinamentos de Henry Shue (1996), seriam básicos os direitos que pudessem ser considerados essenciais ao usufruto de todos os outros direitos. Todos os Direitos Humanos Fundamentais são o reconhecimento de uma prestação moral justificada por parte do Direito, mediante posituação, sendo fundamental os critérios de dignidade humana e o desenvolvimento integral do ser humano.

Far-se-á esta classificação como norma peremptória, pois apesar do reconhecimento (posituação) como parte das normas de Direitos Humanos, como visto no capítulo anterior, na seara do Direito Internacional Geral, no que tange ao *jus cogens* este reconhecimento ainda encontra-se pendente.

Ferrajoli (2006) já estipulou para si um conjunto de regras para determinar se certo direito é considerado como Direito Humano ou não tendo em vista os critérios meta-jurídicos do Direito Internacional e Constitucional.

O primeiro critério, a promoção e manutenção da paz são eminentemente vinculadas com as possibilidades oriundas do Direito à Educação, que como previsto pela Organização das Nações Unidas, deve ser exercido em função de uma educação pluralista, compreensiva, e fundada nos Direitos Humanos.

O segundo parâmetro vinculado à igualdade sem gerar o olvido das diferenças, também é fruto de uma cultura que pode ser efetivada através do Direito à Educação, pois com maior acesso a informação caem-se inúmeros preconceitos e promove-se a inclusão. Incluso segundo Montesquieu a igualdade somente é possível mediante a educação.



O terceiro critério de análise trata-se de proporcionar uma maior defesa contra os abusos por parte daqueles que ameaçam o exercício dos direitos Humanos. Com base nesse critério, o Direito à Educação proporciona um maior conhecimento dos direitos dos indivíduos proporcionando a eles a capacidade de procurar meios, justos, legais e legítimos para a defesa de seus direitos.

Eusebio Fernandez (1991) ainda traz um quarto critério, seria a necessária vinculação do direito em tela com o princípio da dignidade da pessoa humana, logo, sendo, somente considerados como essenciais os direitos que tenham fundamento na dignidade e que importem no pleno desenvolvimento dos seres humanos.

O quarto critério seria a promoção da dignidade humana, de forma a proporcionar o desenvolvimento da pessoa humana, sendo este incluso um dos programas educacionais da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, chamado Educação para um Desenvolvimento Sustentável, com viés na dignidade humana e a preservação do planeta.

Com a análise destes não se procura fazer uma distinção entre os Direitos Humanos Fundamentais, dado que estes são indivisíveis, mas de traçar uma diferenciação entre Direito Humanos Fundamentais e direitos.

Dadas as análises feitas nas partes anteriores, tem-se certeza do papel preponderante do Direito à Educação constante nas diversas cartas de Direitos Humanos, bem como na estrutura constitucional dos países analisados, e o seu reconhecimento por parte destes como um Direito Fundamental.

Existe um indelével entendimento de que a Educação é um dos caminhos para o progresso dos seres humanos, no seu desenvolvimento pessoal, bem como para o desenvolvimento dos valores necessários para uma sociedade e uma comunidade, como os próprios valores da paz, igualdade e respeito.

Uma das mais completas conceituações da educação foi fruto de perspectiva feita por Montesquieu, para quem a educação somente é fonte de resultados se permeada e compatibilizada em suas três formas.

A educação formal, aquela determinada pela educação escolar, feita nos bancos das mais variadas entidades educacionais em todo o globo, são claro parte de um sistema, no entanto não se constituem em solução única para todos os problemas, como afirmam alguns demagogos.

A educação formal somente trará frutos se aquilo que for ensinado durante as



aulas das crianças, adolescentes e adultos, tiver respaldo em sua vida social e familiar. Ensinar alguém de que o racismo é considerado errôneo e fruto de um imenso desrespeito aos Direitos Humanos é ineficaz se, durante o seu convívio social, o indivíduo se debate com uma sociedade que considera determinado grupo, caracterizado digamos que pela coloração da pele ou do cabelo, como inferior.

Não é intenção do autor, que fique bem claro, determinar que o ensino formal deixe de ter seu caráter formador da moral humana. Quer apenas dizer que, para que seja plenamente eficaz, deve este processo ser acompanhado por discursos semelhantes nos âmbitos da família e da sociedade.

Logo uma proposta de conceituação do Direito à Educação não deve se fazer restrita ao direito que determinada criança possa ter a educação primária, visto que a educação trata-se de um processo que não tem fim, que inicia-se no seio familiar e que se expande para a sociedade.

Tentativa esta de (des) classificar (GRIFFIN, 2008) alguns direitos enquanto fundamentais ou básicos para os seres humanos, que não é nova, mas esta será feita neste montante com especificidade a um direito, o Direito à Educação, e ainda com relação ao sistema de normas peremptórias de Direito Internacional, inferindo a possibilidade de sua classificação como uma destas normas.

A educação enquanto valor global representado pelos Direitos Humanos e pelas normas peremptórias de Direito Internacional deve ser formulada de forma que possibilite esta comutação, num texto que se faça representar por um princípio, dando margem de interpretação e de evolução do conceito, sendo aplicado por mandado de otimização, como referido por Alexy (1997).

O Direito à Educação deve ser entendido como o direito que possui qualquer pessoa, independentemente da idade que possua, de se manter em constante aprimoramento intelectual e social, que proporcionarão uma possibilidade de melhoria nas condições sócio-econômicas e o desfrute dos outros direitos que compõem os Direitos Humanos.

4.1 A superação da Teoria Voluntarista com base na Teoria do *Jus Cogens* Internacional

Para Dworkin (2013, p. 10), em trabalho publicado postumamente, é tentador vincular o Direito Internacional ao exercício da vontade, pois o torna



compatível com a doutrina da soberania do Estado, concomitantemente com a teoria do consenso unguida no contratualismo social.

Sendo este o modelo de um direito de coexistência como defendido por Wolfgang Friedmann (1964), em detrimento de um sistema que proporcionasse a cooperação entre os sujeitos de um sistema jurídico.

Essa estruturação já era objeto de críticas devido a sua incapacidade de explicação na fundamentação da obrigatoriedade das normas costumeiras, e passou a ser completamente incapaz de responder aos fundamentos das normas peremptórias de Direito Internacional (CANÇADO TRINDADE, 1999).

Para Verdross (1980) a fundamentação do Direito Internacional subsiste num sistema de respeito ao direito natural, que já foi objeto de crítica em momento anterior desta tese. Sendo esta teoria adaptada para os dias de hoje com a nomenclatura de objetivistas em contraposição aos voluntaristas.

Para estes o fundamento do Direito Internacional “advém da existência de princípios (metaprincípios) e normas superiores (metanormas)” (OLIVEIRA MOREIRA, 2012, p. 32). Teoria esta plenamente vinculada a estrutura dos Direitos Humanos enquanto fundamento do Ordenamento Jurídico Internacional.

Apesar de poder explicar os institutos jurídicos das normas de Direitos Humanos e o instituto jurídico das normas peremptórias, não se pode dizer que não haja uma mescla entre os dois sistemas, ocasionando uma teoria mista.

Ao debruçar-se sobre o Direito Internacional, Dworkin (2013, p. 19) encontra uma solução mista, que proporciona o reconhecimento da validade do Direito Internacional, não com base no reconhecimento individual, mas sim com base no princípio da *saliência/proeminência*.

Este é o princípio da *saliência/proeminência*: Se um número significativo de Estados, encampando uma população significativa, desenvolve um código de práticas acordado, seja por tratado ou qualquer outra forma de coordenação, então subsiste ao menos um dever *prima facie* por parte dos outros Estados de se submeter a tal prática de igual forma, com o importante *provisão* de que este dever somente se mantém se uma prática generalizada neste sentido, expandindo nesta direção, melhorasse a legitimidade do Estado subscrevente e a ordem internacional como um todo. Se algum conjunto humano de princípios limitasse as ocasiões justificantes da Guerra e os meios para se fazer a Guerra ganhassem grande aceitação, por exemplo, então os oficiais de outras nações pertinentes teriam o dever de abraçar e cumprir este conjunto de princípios.

De forma que o princípio da *saliência/proeminência* determinaria a sua



validade em função de um reconhecimento abrangente e majoritário da norma, em função de um interesse público coletivo, ao invés da norma voluntária individualista, dando desta maneira, validade incluso para as normas costumeiras e peremptórias de Direito Internacional Geral.

Princípio este que se desdobra não apenas no reconhecimento do Direito Internacional como um todo, mas inclusive no reconhecimento do caráter jurídico dos deveres a serem absorvidos por todos os Estados, novos ou velhos, aceitando as normas ou não.

Se um Estado pode auxiliar na melhoria da ordem internacional de forma que aumentasse a legitimidade de seu próprio governo coercitivo, então este teria a obrigação de fazer o possível nesta direção. Claro que esta obrigação demanda apenas, nas dadas circunstâncias, o factível. Não requer que qualquer Estado ignore a divisão do mundo em Estados distintos e que suponha que isso traga a mesma responsabilidade para os cidadãos de diferentes países do que traga aos seus próprios nacionais. (DWORKIN, 2013, p. 17).

Os fundamentos de validade material do Direito Internacional estão plenamente vinculados em função de uma teoria objetivista, enquanto que os fundamentos de validade formal, seja para os tratados, seja para os costumes (*opinio juris*), dependem em certa medida da vontade dos Estados.

Com isto em mente, desenvolveu-se a teoria do *Transnational Legal Process*, para o qual:

(...) descreve a teoria e a prática de como atores públicos e privados – Estados-Nação, organizações internacionais, companhias multinacionais, organizações não-governamentais e indivíduos privados – interagem em uma variedade de *fora* públicos e privados, domésticos e internacionais para fazer, interpretar, implementar, e por fim, internalizar noras de direito transnacional (HONGJU KOH, 1995, p. 183-184).

Para que se possa incorporar e utilizar estas teorias de maneira apropriada, é necessário demonstrar a exata medida em que estas influenciam e proporcionam a interpretação que possibilitará a proposta de efetivação das normas de *jus cogens* internacional através dos tratados internacionais.

A transnacionalidade não é uma teoria propriamente dita, ela é um fato. Não se pode mais aludir a separações que não proporcionam a solução ou o enfrentamento dos problemas jurídicos atuais. A grande justificativa encontra-se no



que Koh (2005-6, p. 750-753) chamou de *Transnational Legal Substance*. Para o autor a grande alteração se faz na medida em que os conceitos de Direito são transnacionais.

Ou seja, ocorre a apropriação do discurso internacional por parte dos discursos legais internos, coisa que gera credibilidade perante os outros atores de Direito Internacional. Não por oposição, não por pressão, não por exercício de dominação, mas por apropriação decorrente do convívio.

Naquilo que os romanos chamavam de *jus gentium*, mas na acepção de um Direito comum à toda a humanidade, “não somente em questões entre soberanias mas em questões gerais... Era ... uma espécie de consenso entre juízes, juristas, e legisladores por todo o mundo” (WALDRON, 2005, p. 132).

Mas, essa conformação do *ius gentium* não deve ser reducionista. Não é o Direito Internacional que se propugna a entender o Direito, com base nas lições provenientes de outras terras, de outros Estados, de outros sistemas.

Hoje as escolas de Direito espalhadas por todo o mundo fazem uso de livros e teorias criadas em toda parte, os civilistas com as tradições italianas, e as reformulações feitas a partir do código base francês; os processualistas fazendo uso de teorias oriundas de quase todas as partes, Itália, Espanha, México, dentre outros; os constitucionalistas com as teorias federalistas americanas, os direitos base ingleses e franceses, influências judiciárias e políticas alemãs.

Ou fazer uso das inúmeras decisões prolatadas por inúmeros tribunais, superiores ou não, nacionais ou não, a textos concernentes a comparação de institutos jurídicos, fazendo uso da interpretação ocorrida em outros tribunais “estrangeiros”, ou fazendo uso do texto de normativas internacionais para a solução de casos concretamente locais, como era o caso da prisão por depositário infiel no Brasil.

Esta lista poderia continuar até que se corresse rios de tinta apenas para exemplificar uma coisa que é inerente ao estudo do Direito. Sempre no início de todo ano escolar os professores chegam aos seus alunos recém entrados no mundo jurídico e lhes dizem o que quase todo manual jurídico explicita: “o Direito é um só, o Direito é uno, ele é subdivisionado, repartido em ramos específicos devido a suas características específicas e facilidade para assimilação didática”.

Repetiu-se essa frase tantas vezes, em suas inúmeras variações que o jurista



acabou olvidando da essencialidade do estudo jurídico, ele é por natureza transnacional. O Direito é um só.

A teoria do processo legal transnacional do professor Harold Koh, não é nova, ela é a base da própria ciência, conhecida e reconhecida por todos os seus catedráticos e estudiosos.

Com base nessa conclusão, existe um núcleo de normas, as quais os diferentes ramos chamam de diferentes nomes, são comuns, sejam elas por questões de lógica, ou normatividade ou os valores implícitos no estudo do Direito em si.

Ao defender as normas de caráter *juris cogentis* para o Direito Internacional, no que tange a sua existência e essencialidade, estava-se traduzindo para a linguagem do Direito Internacional os conceitos essenciais do próprio Direito, que permeiam, penetram, influem e limitam sua vertente internacionalista.

Sem olvidar que a vertente internacionalista, as normas peremptórias do Direito Internacional Geral, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais constitucionalizados, são parte, fruto do próprio Direito, que se expressa através de normas e valores fundamentais que verificam numa análise como a exercida pelo autor dessa tese com o Direito à Educação.

Se a transnacionalidade nos trouxe algo de novo, foi que esta literalmente “trouxe de novo”, o conhecimento que já possuíam os catedráticos e alunos da escola de Bolonha, na idade média, de que o direito é universal, sendo aplicável em cada sociedade/comunidade de acordo com os critérios que esta realidade demanda.

CONCLUSÃO

O Direito Internacional foi visto a princípio em seu conceito majoritário pela doutrina, como um sistema de relacionamento característico das relações coordenadas. Dada a sua descentralização e inexistência de um órgão legislativo de caráter supranacional, os pensadores de tempos pretéritos erigiram um ramo do Direito que perpassasse ou por conceitos de natureza pretérita, ou de voluntarismo puro.

Posto isto, possibilitou-se a construção de um aparato teórico-prático que



pudesse ser utilizado nos relacionamentos entre Estados em quaisquer situações, funcionando como tradutor, ou canalizador, universal de relacionamento entre instituições soberanas.

A complexidade da sociedade contemporânea projetou alterações nesta estrutura, produzindo novos sujeitos de direito como as organizações internacionais e o indivíduo. Sendo que esta complexidade da sociedade não era restrita àquele tempo ou situação, a realidade social se torna cada vez mais complexa, importando na necessidade de uma adaptação cada vez mais frequente de suas instituições jurídicas.

A contraposição entre as teorias jusnaturalistas e juspositivistas, não provocam a exclusão recíproca, e sim devem ser estruturadas em função da criação de uma nova teoria que possa responder aos anseios da Comunidade Internacional, dando espaço para os benefícios teóricos de ambas as teorias, quais sejam a vinculação à normas de validade de inspiração axiológica, a estruturação em um sistema hierárquico de normas jurídicas, a superação do voluntarismo em busca da concretização dos interesses coletivos, e o respeito e efetividade das normas juridicamente estabelecidas.

As normas fundantes do Direito Internacional são as conhecidas normas de caráter peremptório que demonstram o reconhecimento por parte da Comunidade Internacional da existência de normas fundamentais que possam conformar e legitimar a atuação do Direito Internacional.

Ao conceituar as normas de *jus cogens* internacional verificou-se que são por excelência as normas fundamentais do Direito Internacional, dado este critério, devem ser respeitadas por todas as outras fontes normativas, como fundamento axiológico e legitimador jurídico da norma formal.

Decorrente dessa estrutura deve ser apenas substituída, alterada ou derogada por outra norma de igual estatura jurídica, dado o fundamento do escalonamento normativo presente no Direito Internacional contemporâneo, critério que exclui a possibilidade de retrocesso ao sistema voluntarista puro.

Seguiu-se com um estudo com relação aos Direitos Humanos, limitador da ação humana em função do respeito à dignidade inerente a todos os seres humanos, para possibilitar posterior conjugação e complementariedade entre este instituto e as normas de caráter peremptório do Direito Internacional Geral.



Partiu-se então aos Direitos Humanos Sociais, capazes de estabelecer uma igualdade material entre os membros de uma sociedade, ou uma igualdade de oportunidades entre os sujeitos de direito, sem que estes sejam alijados pela necessidade ou escassez de um bem jurídico tutelado como fundamental.

Como destaque, sustenta-se o Direito à Educação como potencial norma de caráter peremptório do Direito Internacional Geral, pelo não reconhecimento da Comunidade Internacional. Para tanto, sustenta-se que este direito compõe o rol dos Direitos Humanos e as normas de *jus cogens* internacional.

Ao fim, o procedimento de compatibilidade do Direito à Educação com as normas fundamentais da Comunidade Internacional, pode ser seguido com qualquer outro direito que se destine a tal colocação.

A realidade da comunidade internacional provoca a reestruturação do Direito Internacional, que ao ser reescrito, deve ter em mente o pungente movimento social da Transnacionalidade.

Transnacionalidade esta que gerou a eliminação das fronteiras, sendo hodiernamente impossível a separação entre o nacional e o internacional, entre o próprio e estrangeiro, entre o público e o privado.

A existência de um núcleo valorativo axiológico universal destrói qualquer pretensão de sustentação teórica com base na soberania medieval e no isolamento teórico da esfera coletiva global.

A Transnacionalidade não se trata de um fenômeno novo do Direito. Trata-se de uma ciência, de permeabilidade, de possibilidade de aplicação generalizada, ou de teorias aplicáveis a situações em diferentes localidades.

Dada a historicidade e o estudo particionado o jurista se olvidou do caráter único do Direito, que importa em ser este Direito uma ciência eminentemente global, utilizada por todos os países, com acesso a doutrinas de todos eles e “emprestando” ou “transplantando” institutos jurídicos ou normas entre sistemas.

Com base em todo o exposto é possível considerar-se que as normas peremptórias de Direito Internacional Geral existem e condicionam a liberdade dos sujeitos de Direito Internacional, criando a eles obrigações independentemente de sua vontade.

Dada a permeabilidade do Direito, visto que este é fundamentalmente transnacional, esta questão de expressão de vontade, serve como paradigma da



verificação do reconhecimento de uma norma como parte do *jus cogens* internacional pela Comunidade Internacional como um todo, a partir do que deve ser cumprida por todos os Estados.

O Direito à Educação se trata de uma norma peremptória de Direito Internacional Geral em latência, podendo ser, se assim reconhecida, adjudicada com base no descumprimento por qualquer dos Estados pertencentes à Comunidade Internacional, bem como de seus indivíduos, perante os organismos regionais de proteção aos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: *Theorie der Grundrechte*.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The international Law of human rights at the dawn of the XXIst century*. In: **Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional – CEBDI**. Vol. III. 1999.
- COMPARATO, Fabio Konder. Repensar a democracia. In LIMA, Martonio Mont' Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 189 a 224.
- D'AMATO, Anthony. *The concept of human rights in international law*. **Columbia Law Review**. Vol. 82. Pp. 1110-1159, 1982.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A response to Martii Koskenniemi*. **The European Journal of International Law**. Vol. 16. N. 1. 2005. 131-137.
- DWORKIN, Ronald. *A New Philosophy for International Law*. **Philosophy & Public Affairs**. V. 41. No. 1. 2013. Wiley Periodicals, Inc. p. 10.
- FRIEDMANN, Wolfgang. **The Changing Structure of International Law**. New York: Columbia University Press, 1964.
- GRIFFIN, James. **On Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.**
- HONGJU KOH, Harold. *Transnational Legal Process*. The 1994 Roscoe Pound Lecture. **Nebraska Law Review**. V. 75. P. 181-207. 1995.
- HONGJU KOH, Harold. *Why Transnational Law Matters?* **Pennsylvania State International Law Review**. V. 24. P. 750-753. 2005-2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *General theory of Law and state*.
- KOSKENNIEMI, Martii. *International Law and Hegemony: A reconfiguration*. **Cambridge Review of International Affairs**. Vol. 17. N. 2. Jul. 2004. Pp. 197-218. Cambridge: Routledge.
- LEBEN, Charles. *The Changing Structure of International Law Revisited by way of introduction*. **The European Journal of International Law**. V. 3. 1997, pp. 399-408.



MELO, Rubens Ferreira de. **Textos de Direito Internacional e de História Diplomática de 1815 a 1949**. Rio de Janeiro: A. Coelho F^a, 1950.

OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. O Direito Internacional e as normas de jus cogens: uma questão filosófica. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. FIDES, Natal. V. 3. N. 1. Jan./jun. 2012.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory Norms in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derechos Fundamentales, Especificación y discapacidad*. In: CERVERA, Campoy. **Igualdad, no discriminación y discapacidad: uma visión integradora de las realidades española y argentina**. Madrid: IDHBC-Dykinson, 2007, p. 353-375. ISBN 978-84-9849-045-9.

PEREIRA, Celso de Tarso. Entre a apologia e a utopia: em busca da ética possível. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 50. 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; SILVEIRA BEDÊ, Faya (Org.) **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SCHMITT, Carl. “O conceito do político”. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro, Petrópolis: Vozes, 1992. Título Original: *Der Begriff Des Politischen*.

SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. *The ‘International Community’: Facing the challenge of globalization*. **The European Journal of International Law**. N. 9. 1998. P. 266-277.

SPIJKERS, Otto. *What’s running the world: global values, international law, and the United Nations*. **Interdisciplinary Journal of Human Rights Law**. Vol. 4. N. 1. 2009-2010. P. 68-87.

UNITED NATIONS. *Treaty Collection*. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. Vienna, 23 of May 1969. Status as at: 06/07/2012, 05:04:31 EDT. Available at: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg_3&lang=en>. Accessed at: Friday, 06 July 2012, 15:11:48.

VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Publico**. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1980. Título Original: *Völkerrecht*.

VITORIA, Francisco de. **Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre**. Introduction, traduction et notes par Maurice Barbier. Genève: Droz, 1966. Título Original: *De indis et de jure belli relectiones*.

WALDRON, Jeremy. *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*. **Harvard Law Review**. Vol. 119. P. 129-145. 2005.

WEILER, J. H. H.; PAULUS, Andreas L. *Symposium: The Changing Structure of International Law Revisited (Part 2)*. **The European Journal of International Law**. Vol. 8. 1997. P. 545-565.

