

A CLÁUSULA HARDSHIP DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE TRABALHO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO PRO HOMINE: CONCEITO, TENSÕES E PROPOSTAS DIANTE DA CRISE DO CORONAVÍRUS

Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro¹

Áquila Priscila Souza Santos²

Beatriz Dixon Moreira Alves³

Gabriel Rodrigo de Sousa⁴

INTRODUÇÃO



retende-se com o presente artigo apresentar alternativas para o enfrentamento das relações laborais na sociedade pós-moderna, frente às circunstâncias da crise gerada pelo coronavírus na produção de maiores garantias à parte mais frágil da relação.

Nesse panorama de globalização, com a evolução da

¹ Pós-Doutoranda pela Nova School of Law - Lisboa (2020). Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Doutora em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (2020). Doutora (2015) e Mestre (2006) em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

² Advogada, teóloga e mestranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

³ Advogada, mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia.

⁴ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Graduação em Direito.

tecnologia e conjugado à crise econômica mundial, é crescente o número de trabalhadores estrangeiros de perfis muito diversificados que buscam uma oportunidade de trabalho. Alguns oportunizados pelas empresas multinacionais, outros pela facilidade tecnológica e àqueles em situação irregular ou ilegal, como é o caso dos imigrantes.

Para o exame do Contrato Internacional do Trabalho, à luz do Direito Internacional Privado, é necessário destacar os principais elementos de conexão em matéria trabalhista, tal como a *lei loci executionis*; a autonomia da vontade e o princípio da norma mais benéfica.

Os problemas sociais não obedecem mais os limites geográficos. A partir disso, surgem os problemas de conflitos de leis laborais no espaço, tema tratado pelo Direito Internacional Privado no que tange a regulação da lei aplicável ao contrato internacional de trabalho.

Com a atual crise pandêmica que se instalou no mundo, dotada das mais complexas e relevantes questões, de ordem política, econômica e social, destaca-se a preocupação da ocorrência de danos à parte mais vulnerável da relação e a consequente necessidade de flexibilidade das normas internacionais de trabalho em situação de emergência.

Nesse contexto, as chamadas cláusulas *hardship* aplicadas no contrato internacional de trabalho, sob a ótica do princípio *pro homine*, devem orientar os conflitos internacionais na perspectiva protetiva da pessoa humana.

A metodologia a ser utilizada será a de cunho hipotético-dedutivo, com a utilização da pesquisa documental indireta, por meio da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência. O método escolhido tem a finalidade de confirmar, ao final, as premissas de que, frente a um sistema global que permeia as relações sociais, em que se valoriza mais o domínio da informação em detrimento da produção, são urgentes e necessárias interpretações paradigmáticas protetivas da dignidade da pessoa

humana.

Nesse cenário, indaga-se: as cláusulas *hardship* nos contratos internacionais de trabalho ferem o direito humano ao trabalho digno nesse contexto pandêmico? E ainda, o princípio *pro homine* no confronto entre as regras concorrentes, bem como na interpretação das cláusulas é capaz de produzir maior garantia no alcance de um direito internacional fundamental?

1. CONTRATO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A globalização impulsionou e notabilizou as relações jurídicas trabalhistas transnacionais, fato que desencadeou diversos conflitos que se agravaram em decorrência da crise pandêmica vivenciada pela humanidade atualmente. A desigualdade entre as partes contratantes, de um lado o trabalhador como parte vulnerável, hipossuficiente e, de outro, o tomador de serviço, é um ponto sensível que, no atual Estado Democrático de Direito, deve ser considerado de modo a constituir uma relação jurídica trabalhista digna. Ademais, o contrato internacional de trabalho é uma modalidade especial de avença entre empregado e empregador — em que um deles é estrangeiro —, que se desenvolve mediante relação jurídica de regime diferenciado pela hipossuficiência do trabalhador.

1.1. A GLOBALIZAÇÃO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Desde o final do século XX, o mundo experimenta um processo de globalização devido ao aprimoramento dos instrumentos de aproximação e facilidade comunicativa entre a humanidade. Hoje, o deslocamento de bens, serviços e mão de obra se efetiva de forma vertiginosa no espaço e no tempo. Esta realidade gera a necessidade de mutação nas relações jurídicas, em especial nas relações de trabalho. Como bem pondera Arion

Sayão Romita, “grandes mercados regionais se tornaram possíveis e pode-se pensar, num futuro próximo, no surgimento de um único mercado planetário de bens e trabalho” (ROMITA, 1997, p. 28).

A globalização econômica gera ondas carregadas de grandes mudanças na sociedade. Para Romita, a globalização econômica é um processo que ocorre em ondas com características específicas. “Na história da humanidade, distinguem-se ondas, com avanços e retrocessos separados por intervalos que podem durar séculos” (ROMITA, 2000, p. 85). De acordo com o autor, estamos vivenciando a quarta globalização. A primeira foi a do Império Romano que, após a crise econômica e política culminou na formação do feudalismo. A segunda foi a dos séculos XIV e XV, em que verificou-se intenso comércio internacional, entremeados de eventos bélicos religiosos. No século XIX, com a supremacia do liberalismo sobre o mercantilismo, emerge a terceira onda, afetada pela primeira guerra mundial. Após a segunda guerra mundial, surge novo movimento globalizante, o que o autor denomina de quarta globalização, que teve seu ápice na década de 90 (ROMITA, 2000, p. 85).

A partir da segunda guerra mundial, os países ocidentais sofreram uma alteração sociocultural. Com a queda do muro de Berlim, o capitalismo global, antes ameaçado pelo socialismo, viu-se livre. O Estado do bem estar social abre espaço para o Estado Neoliberal. Essa passagem da modernidade histórica para a pós-modernidade gerou grande desigualdade social, atingindo as necessidades da vida local e global.

“A queda do Muro de Berlim parece ter posto fim não só à ideia de revolução e de socialismo, mas também à ideia de transformação social progressista que sempre se lhe opôs, o reformismo, o qual teve na social-democracia europeia das cinco décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial a sua melhor expressão. A globalização do capitalismo na forma de neoliberalismo, que se apresentara como a alternativa que eliminava todas as outras alternativas, está a transformar-se num tempo de desigualdade social sem precedentes e de iminente

catástrofe ecológica, de nacionalismos xenófobos, de guerras em que só morrem civis inocentes, de refugiados de países destruídos e de terras desertificadas, de guerra fria a subir de temperatura, de glamourização da riqueza, de sequestro do Estado por parte de cleptocratas, de esvaziamento da democracia, de fascismo social sob a forma de racismo e de violência contra as mulheres, de mercantilização do conhecimento e da religião, de erosão dos direitos sociais e dos trabalhadores, de vigilância total sobre os corpos e de criminalização do protesto social” (SANTOS, 2018, p. 6558).

Vivenciamos atualmente uma sociedade em rede marcada pela tecnologia da informação. Para Manuell Castells, a sociedade em rede é uma sociedade global e a maioria das pessoas não estão incluídas nessas redes e sofrem as consequências advindas dos processos estruturais delas decorrentes. Diversas atividades como “mercados financeiros e produção, administração e distribuição de bens e serviços transnacionais, uma mão de obra altamente especializada... movimentos sociais, entre outros, são atividades organizadas em rede global e afetam diretamente a sociedade.” (CASTELLS, 2015, p. 71). Em consequência disso, as relações laborais também são atingidas.

A sociedade global em rede é uma estrutura dinâmica altamente maleável às forças sociais, à cultura, à política e às estratégias econômicas. Mas o que permanece em todos os casos é seu domínio sobre atividades e pessoas às redes. Nesse sentido, o global supera o local – ao menos que o local se conecte ao global como um nó em redes globais alternativas contruídas pelos movimentos sociais” (CASTELLS, 2015, p. 72).

Percebe-se, nesse sentido, que no processo produtivo de trabalho, as pessoas perdem cada vez mais espaços para as máquinas e para tecnologia, com isso, há um crescente aumento do desemprego e o surgimento de problemas estruturais (ROMITA, 2000, p.02). A reverberação desses novos arquétipos de produção causados pela globalização revelam a necessidade de uma reflexão dialogada na construção de soluções comuns.

Boaventura de Sousa Santos identifica dois tipos de globalização: “hegemónica, neoliberal, dos tempos atuais e cada

vez mais intensa; e a globalização contra-hegemônica, dos movimentos sociais em luta contra o neoliberalismo, o colonialismo e o patriarcado, porém cada vez mais estagnada” (SANTOS, 2018, p. 5166-5177).

Observa o autor o crescente aumento das interconectividades de conhecimentos de diferentes movimentos e regiões que possibilitou a articulação dos movimentos sociais em diferentes locais com fins comuns. Essa interconectividade de culturas e saberes de diversos povos promove, na prática, o fortalecimento das lutas sociais e programas políticos comuns nos diferentes países e para além das fronteiras (SANTOS, 2018, p. 5171).

Por outro lado, esse processo de globalização não alcançou êxito nas articulações entre as organizações e os movimentos sociais nas lutas contra a dominação para defesa de interesses da classe operária, das mulheres, dos indígenas, do meio ambiente, dos direitos humanos e da paz (SANTOS, 2018, p. 5177).

Boaventura defende uma virada epistemológica de pensamento como alternativa contra a opressão, o que ele denomina de “epistemologias do sul” (SANTOS, 2018, p. 116). Elas representam uma virada de pensamento baseada nas lutas de grupos sociais vítimas da desigualdade gerada pelo capitalismo. “Trata-se de conhecimento obtido pelas práticas sociais das lutas de movimentos sociais contra a opressão” (SANTOS, 2018, p. 223).

As epistemologias do Sul têm como característica o resgate do reconhecimento das lutas de povos “excluídos e silenciados” pelo domínio de classes privilegiadas. Esses povos ocupam uma condição de desigualdade e não têm seus conhecimentos reconhecidos pela epistemologia dominante. Nesse sentido, “a única compreensão válida do mundo é a compreensão ocidental” (SANTOS, 2018, p. 243-339).

No intuito de minimizar esses impactos negativos ocasionados pela dominação, Boaventura defende o reconhecimento da diferença dos diversos saberes, com o estudo “das afinidades, divergências, complementaridades e as contradições” existentes

entre o “Norte como única fonte de conhecimento válido e o Sul, como sendo o reino da ignorância” (SANTOS, 2018, p. 339-394). O autor aponta a existência de uma “linha abissal” que separa “a sociabilidade metropolitana da sociabilidade colonial (SANTOS, 2018, p.391). O mundo metropolitano, diferente do colonial, é marcado pela reciprocidade mesmo diante das hostilidades existentes entre as pessoas. Do ponto de vista social e do poder, as relações de reciprocidade não são abaladas e por isso essas exclusões não são ingentes (SANTOS, 2018, p. 647-653). No mundo colonial, as exclusões são abissais. Os mecanismos empregados no Estado Colonial envolvem “uma regulação violenta sem a contrapartida da emancipação social” (SANTOS, 2018, p. 658-664).

Boaventura exemplifica a diferença existente entre esses dois mundos dominantes representados pela linha abissal na figura do operário imigrante:

“Numa sociedade de maioria cristã e com forte preconceito islamofóbico, um operário imigrante documentado e com contrato de trabalho habita o mundo da sociabilidade metropolitana. Pode sentir-se excluído porque o colega a seu lado, não imigrante, recebe um salário superior apesar de desempenhar as mesmas funções. Tal como no caso anterior e por razões semelhantes, tal discriminação configura uma exclusão não abissal. No entanto, quando é agredido física ou psicologicamente na rua apenas por ser muçulmano e considerado amigo de terroristas, nesse momento o operário está a cruzar a linha abissal e a transitar do mundo da sociabilidade metropolitana para o mundo da sociabilidade colonial. A partir daí a exclusão é radical porque incide no que ele é, e não no que ele faz ou diz (SANTOS, 2018, p. 691).

Do ponto de vista científico, Débora Coelho aponta que a pós-modernidade produziu uma ruptura com o cientificismo” (COELHO, 2013, p. 96-97). Segundo Georges Benko, há uma perda de confiança nas teorias (BENKO, 2011, p. 194). As teorias críticas modernas não levam em consideração a linha abissal que separa o mundo metropolitano do mundo colonial como também não reconhecem a existência de vários tipos de exclusão

(SANTOS, 2018, p. 670).

Boaventura, por sua vez, propõe uma ciência “pós abissal” com o “objetivo de fortalecer as lutas sociais contra a dominação” (SANTOS, 2018, p. 3211). O autor propõe a descolonização das metodologias na produção de diversos saberes com a cooperação dos sujeitos que detêm esses saberes, por meio das práticas vivenciadas. É um trabalho coletivo. (SANTOS, 2018, p. 3272-3963).

Nesse sentido, afirma:

“No que se refere especificamente às ciências sociais, as epistemologias do Sul requerem um tipo de trabalho teórico e metodológico com um carácter que é tanto negativo como positivo. A dimensão negativa consiste no desvelamento desconstrutivo das raízes eurocêntricas das ciências sociais modernas com base nas quais a sociologia das ausências pode ser empreendida. A dimensão positiva tem dois aspectos: por um lado, temos a produção de conhecimento científico voltado para a interacção com outros tipos de conhecimentos nas ecologias de saberes⁵ que a luta social requer, por outras palavras, aberto a ser validado pelo duplo critério de confiança. ... por outro, temos a identificação, reconstrução e validação de saberes não científicos, artesanais, que surgem em lutas contra a dominação ou que nelas são utilizados. Estas duas tarefas positivas visam lançar as bases para a sociologia das emergências. (SANTOS, 2018, p. 2795)

O reforço das alianças entre os movimentos sociais que lutam contra essas diversas formas de dominação necessita daquilo que o autor chama de uma “tradução intercultural e interpólitica”, ou seja, a necessidade da mobilização das lutas sociais com apropriação de diversos saberes a partir de diálogos de tradições culturais (SANTOS, 2018, p. 5929). Desse modo, as lutas contra as práticas da dominação necessitam de interacção e requerem diálogos.

Contudo, “de acordo com as epistemologias do Sul, o

⁵ “O conceito de «ecologias de saberes» implica interacções dialógicas. Contudo, essas interacções ocorrem apenas nos momentos e condições permitidos pelas lutas” (SANTOS, 2018 p. 397).

pensamento e a acção descolonizadores não constituirão uma intervenção cultural eficaz se não intervierem também no âmbito da economia política” (SANTOS, 2018, p. 3001).

Para Maria da Graça dos Santos Dias, a pós-modernidade necessita de uma cultura que promova as conquistas dos direitos humanos voltados para o diálogo intercultural. O cidadão deve ter uma consciência que compreenda as necessidades da vida local e global com atuação solidária e responsável (DIAS, 2006, p.113).

Zygmunt Bauman assevera que o grande paradigma de uma comunidade política viável encontra guarida nos princípios da liberdade, diferença e solidariedade. E acrescenta, “uma coisa que é improvável a condição pós-moderna produzir sob sua responsabilidade — isto é, não sem uma intervenção política — é a solidariedade” (BAUMAN, 1997, p. 297).

As relações de trabalho também sofrem as influências da pós-modernidade. A terceira revolução industrial foi marcada pela revolução tecnológica que impactou a vida econômica da sociedade e acirrou a competição das instituições em níveis internacionais (ROMITA, 2000, p. 88).

Fernando Rodrigues Martins enfatiza a incidência da globalização como responsável por uma mudança de paradigma em que o poder do capital privado se impõe face ao poder do Estado. Como consequência disso, as empresas extraem para si benesses de natureza econômica e social (MARTINS, 2011, p. 170). Assim, são inegáveis os impactos da globalização nas relações de trabalho, uma vez que esse modelo econômico é avasalador e contrário às garantias fundamentais do trabalhador.

A globalização trouxe uma nova forma de delinear as relações trabalhistas. No caso do operário imigrante acima mencionado, o entrelaçamento dos dois mundos de sociabilidade se faz presente na vida cotidiana. Por isso, uma nova consciência da função do direito deve emergir. Romita defende que:

“essa nova função do direito desprega-se da visão puramente pragmática para elevar-se a novas alturas, para impregnar até

mesmo a filosofia do direito: como o fim da cultura da heteronomia nasce uma nova cultura centrada sobre o eixo da autonomia, que assume o caráter de valor central da humanidade. O Direito renuncia à tarefa que pretenderam impor-lhe, a de agente conformador da sociedade (ROMITA, 2000, p. 91).

Delmas-Marty defende um direito comum universal, acessível a todos e sem qualquer imposição, de forma que se possa assegurar a coerência de cada sistema para que o sujeito não necessite renunciar sua identidade cultural e jurídica (MARTY, 2003, p. 9).

Nessa sociedade pós-moderna, de diversidades de culturas, caracterizada pelo pluralismo, onde as relações acontecem em um ambiente de sistema econômico global, a proteção de direitos fundamentais enfrenta grandes desafios.

1.2 CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO E DIREITOS HUMANOS

O grande marco dos direitos humanos surgiu em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que ficaram cravados os primeiros princípios universais, indivisíveis e inegociáveis da pessoa humana. A partir dela, o homem passa a ser reconhecido como um ser uno, insubstituível e portador de uma dignidade intrínseca.

Em consolidação, aflora, na década de 60, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), enunciando todo um catálogo de direitos sociais em harmonia com a ordem econômica. Flávia Piovesan enfatiza que “a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica” (PIOVESAN, 2003, p.144).

Jurgen Habermas afirma que “o apelo aos direitos humanos alimenta-se da indignação dos humilhados pela violação de sua dignidade humana” (HABERMAS, 2012, p. 11). Após a segunda grande guerra, recomeça um movimento de reconstrução

em que o positivismo jurídico cede espaço para o cultivo de valores éticos e protetivos da dignidade humana. Piovesan elucida que sob o prisma da reconstrução do pós-guerra fez emergir o direito internacional dos direitos humanos aberto a valores e princípios (PIOVESAN, 2006, p.17).

Ingo Sarlet esclarece que os direitos humanos são aqueles normatizados na esfera internacional e que identificam o ser humano independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional, com validade universal para todos os povos e tempos, assumindo conceitos mais amplos e imprecisos que os direitos fundamentais (SARLET, 2009, p.56).

Quando se elencam os direitos humanos às relações de trabalho no plano internacional, aflora como marco histórico a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em 1919, pelo Tratado de Versalhes, cuja teleologia de ordem humanitária teve como compromisso a tutela da dignidade dos trabalhadores em meio a fatores políticos e econômicos. Visando harmonizar as relações de trabalho e o comércio internacional, foi necessário implementar normas coibitivas do trabalho escravo, infantil, jornada extenuante e outras mais.

Na aurora do século XX, aprovou-se durante a conferência internacional da OIT, a declaração sobre os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, assim sintetizado: garantia da livre associação e direito à negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado, vedação ao trabalho infantil; e eliminação da discriminação com relação ao emprego e ocupação (CACCIOMALI, 1999, p. 207).

Este contexto compele à adoção de cláusulas sociais como incremento essencial dos contratos de trabalho internacionais. Esses direitos sociais “expressam o amadurecimento de novas exigências — podemos dizer, de novos valores —, como os de bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado” (BOBBIO, 1909 p. 33).

Hoje configura “dumping social” a negação dos direitos laborais e previdenciários mínimos. Nos países desenvolvidos, as relações de trabalho devem ser tuteladas com medidas “anti dumping social”. Apesar do dumping social nas relações de trabalho, José Augusto Rodrigues Pinto ensina que:

“A extensão conceitual rotulada de dumping social trabalhista, na verdade, corresponde à deterioração do contrato individual de emprego em benefício do lucro do empregador com sacrifício das obrigações e encargos sociais tutelares do empregado. É óbvio que, indiretamente, isso atinge as empresas concorrentes, mas fica longíssimo do propósito de extermínio empresarial, este, sim, caracterizador do dumping” (RODRIGUES PINTO, 2011, p. 142).

Acrescenta o autor, que os efeitos maléficos do dumping social alcançam a ordem jurídica em proporções bem maiores que a seara social. Nas suas palavras, “o dumping atropela preferencialmente o Direito”. No que diz respeito ao direito trabalhista, o mecanismo econômico e comercial ilícito caracterizado pelo dumping, “manipula malignamente a relação individual de emprego” (RODRIGUES PINTO, 2011, p. 141).

Esse é o matiz que permeia os contratos internacionais de trabalho quando focado no garantismo dos direitos humanos no século XXI.

1.3 CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO: JURISDIÇÃO, AUTONOMIA DA VONTADE E PRINCÍPIO DA NORMA MAIS BENÉFICA

Na relação laboral do contrato internacional do trabalho, dada a sua peculiaridade, pode ocorrer a possibilidade desse contrato ser regido por ordenamentos originários de países diferentes. Por isso, é importante o exame de alguns critérios para conhecer qual a lei será adotada nestes casos e como ela se amolda às necessidades do trabalhador.

O Direito Internacional do Trabalho engendra modelos e garantias em prol do trabalhador. Isso se dá por norma da

Organização Internacional do Trabalho ou Tratados plurilaterais firmados entre os diversos países, direcionados à tutela dos Direitos Humanos. Quando envolve o direito brasileiro, aplica-se também a Lei de Introdução (LINDB), bem como outras normas específicas para solução dos conflitos de leis trabalhistas no espaço.

Cada país tem o seu ordenamento jurídico, por meio do qual exerce sua soberania e jurisdição. Por isso, existe uma pluralidade de legislações com grande dificuldade em conciliar a autonomia da vontade com o regramento aplicável na solução de conflitos.

Não é função do Direito Internacional Privado a escolha da norma material adequada para aplicação do caso concreto, mas sim determinar o ordenamento jurídico aplicável, ou seja, especificamente a norma a ser aplicada. Esse é o modelo utilizado nos países Europeus e na América Latina, inclusive no Brasil.

Na aplicação da lei trabalhista estrangeira, com a possibilidade de conflitos de profissionais de contratos firmados em um Estado e que venham a prestar serviços em outro Estado, elementos de conexão como a *lex loci executionis e locus regit actum* são utilizados para solução de conflitos

O Brasil adotou o sistema bilateral para estabelecer o elemento de conexão para indicar qual o ordenamento jurídico será aplicável. Verifica-se na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, notadamente em seu art. 7º, caput, a adoção do domicílio da pessoa como elemento de conexão que define a lei que orienta a personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família e, mais adiante estabelece no art. 9º: “que para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Referida norma não faz menção específica no que concerne às relações trabalhistas.

Naquilo que se refere à capacidade das partes para o trabalho, pode-se aplicar o art. 7º da LINDB. Já no caso de do

direito material, existem critérios diferentes de indicação da lei que será utilizada.

Como mencionado, o contrato internacional de trabalho possui um elemento de estraneidade na sua formação que apresenta componentes como a nacionalidade e domicílio do trabalhador; sede da pessoa jurídica ou pessoa física do empregador; local em que foi constituída a pessoa jurídica; local onde celebrou a contratação e o local onde o trabalhador executa as atividades. Sendo assim, poderá atrair a legislação de outros países para sua aplicação.

Ainda para a definição da lei aplicável, é necessário se atentar para o elemento de qualificação do contrato de trabalho e o método adotado pelo Brasil consubstanciado na *lex fori*, isto é, a lei do lugar do aplicador da norma.

Assim, para estabelecer se serão as normas do país onde foram executadas as obrigações ou se do país onde foram constituídas as obrigações a serem aplicadas ao contrato é importante estabelecer a natureza jurídica do contrato de trabalho, bem como a sua formação. A partir disso, três elementos de conexão precisam ser analisados quanto à regulação do direito material do contrato de trabalho: o princípio da territorialidade; a vontade das partes e a norma mais benéfica.

O princípio da territorialidade tem sua origem na Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, que ocorreu no ano de 1929, conhecida como Código de Bustamante. Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 18.871/1929, verifica-se no seu art. 198 que “*También es territorial la legislación sobre accidentes del trabajo y protección social del trabajador.*”

A jurisprudência brasileira, preteritamente, em caso de conflitos de leis trabalhistas no espaço, adotou o princípio da *lex loci executionis*, a despeito da súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) com o seguinte teor: “A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação”.

Mesmo na vigência da supramencionada súmula, havia julgado no sentido de aplicar a lei mais favorável ao trabalhador. Nesse sentido, entendeu a 8ª turma do TRT 3ª região:

EMENTA: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO EXTERIOR. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA MAIS FAVORÁVEL. CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO. Tendo sido o trabalhador contratado no Brasil, por empresa aqui sediada, para trabalhar no exterior, tal fato atrai a incidência da Lei 7.064/82, que assegura ao laborista a aplicação da legislação brasileira protetiva do trabalho, sempre que esta for mais favorável que o disciplinado na lei do local laborativo, afastando o princípio da *lex loci executionis contracti*, tratado na Súmula 207/TST, de forma genérica, exatamente porque existe lei nacional regulativa específica (7.064/82) disciplinando a hipótese (TRT. PROC. N. 0000869- 26.2010.5.03.0091 RO, .Relator: .Desembargador. MÁRCIO RIBEIRO DO VALE, data de Publicação: 24/02/2011, 23/02/2011. DEJT. p. 66).

No caso apontado, a *lex loci executionis contracti* foi afastada para aplicação ao trabalhador da legislação brasileira por considerá-la mais protetiva e benéfica. Octavio Bueno Magano sustenta que a lei de execução também poderá ser afastada por acordo das partes, dando lugar para o elemento de conexão da autonomia da vontade (MAGANO, 1994, p. 211).

Na Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, a autonomia da vontade estava implicitamente prevista no art. 13 pela expressão; “salvo estipulação em contrário”. Na Lei de Introdução do Código Civil de 1942, tal expressão restou suprimida. A atual Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro nada menciona.

Por outro lado, a autonomia da vontade difere da autonomia que dispõe as partes para negociarem as cláusulas contratuais como elemento de conexão para definir o conflito de leis no espaço. Nesse sentido, a lei do local da execução do trabalho menos favorável à Lei de origem do trabalhador ou onde foi celebrado o contrato, não se aplica a *lex loci executionis* e sim aquela que for mais favorável ao trabalhador.

Destaca-se aqui a Lei nº 7.064/82, com a redação dada

pela Lei nº 11.962/2009, a qual prevê a aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador migrante.

Extraí-se desses novos paradigmas, em especial com a extinção da súmula 207 do TST, uma nova concepção em relação à solução de conflitos. Agora, emerge a nova posição de conexão aberta que privilegia a justiça em detrimento da acepção restrita em favor do trabalhador vulnerável. A justiça impera quando se assegura maior vantagem ao empregado, e o instrumento normativo de proteção é a aplicação da lei mais favorável” (PINTO MARTINS, 1999, p, 196).

2. OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO

As relações jurídicas-laborais foram fortemente atingidas pela pandemia da COVID-19, sobretudo quando analisada a partir da perspectiva dos mais pobres e dos marginalizados, fortemente atingidos pela crise econômica advinda da pandemia, a partir de uma ótica neoliberal (SANTOS, 2021, p.4). Ao sul da quarentena, a sociedade observa um processo de discriminação, violência e vulnerabilidade, agravadas pela cruel pedagogia do vírus. Além disso, a forte posição da extrema direita neoliberal, que manipula e implode as instituições democráticas com o apelo autoritário e excludente de seus discursos, nos seguintes termos:

A extrema-direita tem vindo a crescer um pouco por todo o mundo. Caracteriza-se pela pulsão antisistema, a manipulação grosseira dos instrumentos democráticos, incluindo o sistema judicial, o nacionalismo excludente, a xenofobia e o racismo, a apologia do Estado de exceção securitário, o ataque à investigação científica independente e à liberdade de expressão, a estigmatização dos adversários, concebidos como inimigos, o discurso de ódio, o uso das redes sociais para comunicação política em menosprezo dos veículos e media convencionais. Defende, em geral, o Estado mínimo, mas é pródiga nos orçamentos militares e forças de segurança. Ocupa um espaço político

que por vezes lhes foi oferecido pelo fracasso rotundo de governos providos da esquerda mas que se entregaram ao catecismo neoliberal sob a ardilosa ou ingénua crença na possibilidade de um capitalismo de rosto humano, um oxímoro desde sempre ou, pelo menos, nos tempos de hoje.

Portanto, fundamental é contextualizar a crise internacional pandêmica no cenário jurídico brasileiro e os desafios que a pandemia da COVID-19 impõe aos Estados Nacionais e ao Direito Internacional para a proteção do Direito dos vulneráveis, em especial a dos trabalhadores.

2.1 A CRISE INTERNACIONAL PANDÊMICA

A pandemia do novo coronavírus, anunciada em março de 2020, alterou substancialmente a noção da função do Estado nas relações entre os indivíduos. Nesse sentido, derrubou antigos dogmas daquilo que foi designado como neoliberalismo, que, em apertada síntese, advoga que o Estado deve ficar adstrito a regular funções mínimas da sociedade, em um caráter de contenção dos gastos.

Contudo, além da triste realidade de morte de mais de 600 mil pessoas no Brasil, a pandemia demonstrou que somente com fortes políticas públicas inclusivas é que o país conseguirá sair do caos econômico, político e social em que atualmente se encontra (BARROS, MATIAS, 2020, p.4).

Boaventura de Sousa Santos (2020), por sua vez, ao contextualizar a crise do coronavírus, a descreve como uma acentuação do capitalismo excludente e neoliberal. Para o autor, a vida em sociedade pós-pandemia deverá justamente ter o foco em alterar essa visão hegemônica de mundo que gera tanto desigualdade, em especial para os grupos marginalizados da sociedade, como os trabalhadores, os migrantes e as mulheres, por exemplo. A cruel pedagogia do vírus, portanto, é apenas uma representação de um mundo construído por poucos e para poucos, em descompasso com os compromissos de igualdade formal e material,

presentes na construção do Estado Democrático de Direito.

Avançando na digressão sobre a pandemia da COVID-19, o autor expõe que elanão mata indiscriminadamente tanto quanto outras violações de Direitos Humanos que atentem contra a vida dos trabalhadores informais, negros, pobres, migrantes, idosos, dentre outros (SANTOS, 2020). Porém, a discriminação é a mesma quando se pensa a relação de prevenção, mitigação e tratamento da doença, pois essas pessoas não possuem condições de proteção contra o vírus. Justamente por suas condições de trabalhadores precários e informais, não possuem o privilégio de permanecerem isolados contra a pandemia.

Noam Chomsky, por sua vez, ao comentar o estado e os desafios da pandemia da COVID-19, advoga no sentido de considerar que a crise do coronavírus é apenas mais uma das facetas que representam o derretimento do estado de bem-estar social a partir de uma visão hegemônica de mundo, pautada pela visão neoliberal do mercado e de governos.

Dessa maneira, o autor situa essa situação, em especial em tempos históricos recentes:

Estamos vivendo sob uma ideologia, pela qual os economistas têm uma boa dose de responsabilidade, embora isso venha do setor corporativo. Uma ideologia tipificada por Ronald Reagan, lendo o roteiro que lhe foi entregue por seus mestres corporativos, com o sorriso radiante, dizendo: “O governo é o problema, vamos nos livrar do governo” – o que significa: “Vamos entregar as decisões a tiranias privadas, que não são obrigadas a prestar contas à opinião pública”. Do outro lado do Atlântico, Margaret Thatcher [primeira-ministra do Reino Unido de 1979 a 1990] estava nos instruindo de que “não existe sociedade”, apenas indivíduos jogados no mercado para sobreviver de alguma forma; e, além disso, não há alternativa (CHOMSKI, 2020, p.14).

Yuval Noah Harari, por outro lado, avança no entendimento de que a pandemia da Covid-19 pode afetar o processo de globalização, ou seja, países podem, de maneira autoritária e aleatória, começar um processo de fechamento de fronteiras, comércio e cultura. Isso significaria na prática o acirramento de

processos xenofóbicos e nacionalistas e, por consequência, a perda da qualidade de fruição dos Direitos Humanos de grupos vulneráveis, tais como o dos trabalhadores.

O autor assim estatui:

Há, sim, quem ponha a culpa do coronavírus na globalização e diga que, para prevenir outras crises do tipo, devemos desglobalizar o mundo. Mas isso é um grande equívoco. Epidemias alastram-se desde muito antes da globalização. Na Idade Média, os vírus viajavam na velocidade de um cavalo de carga. No entanto, pragas como a peste negra foram muito mais mortais. Se você quiser se defender de epidemias por meio do isolamento, vai ter de voltar para a Idade da Pedra. Foi a última época em que os humanos viveram livres de epidemias, pois havia pouquíssimos humanos, com pouquíssimas ligações entre si (HARARI, 2020, p. 45).

Porém, Harari alerta que o “remédio” para a pandemia é justamente o contrário dessa tentativa de desglobalizar o mundo, pois a cooperação entre as nações e os seus líderes seria fundamental para aprendermos as mazelas que a sociedade enfrenta com essa pandemia e alterarmos drasticamente a realidade. Porém, o atual quadro de presença de governantes que solapam a democracia com discursos vazios e intolerantes não permite que o planeta aprenda as lições necessárias para um desenvolvimento equitativo.

O pensamento do autor é o seguinte:

O principal antídoto para epidemias não é isolamento e segregação, é informação e cooperação. A grande vantagem dos seres humanos sobre os vírus é a habilidade de cooperar de modo efetivo. Um coronavírus na China e um coronavírus nos Estados Unidos não podem trocar ideias sobre como infectar mais humanos. Mas a China pode ensinar aos Estados Unidos uma porção de lições valiosas sobre o coronavírus e sobre como lidar com ele. Mais do que isso, a China pode enviar especialistas e equipamentos para ajudar os Estados Unidos de forma direta. Os vírus não podem fazer nada do tipo. Infelizmente, graças à falta de liderança, não estamos aproveitando ao máximo nossa habilidade de cooperar. Nos últimos anos, políticos irresponsáveis em várias partes do mundo solaparam de maneira deliberada a confiança na cooperação internacional. E agora

pagamos o preço por isso. Parece não haver adultos na sala (HARARI, 2020, p.45).

A partir dessas premissas do presente capítulo, entende-se que as relações laborais de cunho internacional no Brasil começaram a ganhar robustez em nossa realidade social nos últimos anos, em especial com o crescimento econômico experimentado, particularmente na última década. Porém, com esse incremento, surgem algumas questões jurídicas relevantes para o entendimento da questão, em especial as seguintes: qual a lei aplicável em eventual litígio trabalhista advindo desses contratos internacionais trabalhistas firmados, a do Brasil ou a do Estado de origem da pessoa trabalhadora, a necessidade de aplicação, em eventual conflito entre Direitos Humanos trabalhistas e os limites de aplicação das chamadas cláusulas *hardship* nos supracitados contratos e a sua adequação ao Direito Humano ao trabalho digno, que assim pode ser conceituado:

Assim, deve-se garantir ao ser humano não apenas o trabalho, mas o trabalho digno, enquanto direito humano e fundamental que respeita a pessoa humana trabalhadora em sua integralidade físico-psíquica como ser único e insubstituível, sendo necessário para a sua subsistência digna e de sua família. O “trabalho digno” está, pois, relacionado diretamente à dignidade da pessoa trabalhadora, sendo compreendido sob dois aspectos: a) o intrínseco (subjeto): como atributo pessoal e psíquico inerente ao ser humano, incluindo, por exemplo, a satisfação pessoal do trabalhador em realizar determinada atividade; a sensação de ser útil para a comunidade em que vive; ser merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e dos particulares; ser livre para escolher satisfatoriamente seu trabalho etc.; b) o extrínseco (objeto): representando as condições materiais previstas na lei lato sensu em que o ato de trabalhar estaria regulado, tais como: remuneração adequada e justa, sem discriminação de qualquer natureza; limite máximo e mínimo de duração da jornada de trabalho (diária e semanal); normas de higiene e segurança relacionadas ao meio ambiente do trabalho; concessão de férias, repouso semanal e feriados remunerados; licenças médicas em geral etc. (GAMBA, 2011, p.127).

O Brasil, diante desse cenário, é um país que recebe diariamente milhares de imigrantes de diversas localidades, dentre as quais estão destacadas as de origem haitiana, em especial com a fronteira com o Acre e a migração venezuelana na fronteira com Roraima. O país, nesse contexto, avançou em sua legislação, com a sanção, em 2017, da Nova Lei de Migrações (Lei 13467/2017), alterando uma perspectiva ditatorial do antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), em que o migrante não era considerado enquanto sujeito integrado à comunidade e, diante disso, subjugado em seus direitos.

O Direito Internacional contemporâneo possui o desafio de expandir as suas origens eurocêntricas e criar uma lei universal que realmente represente a humanidade como um todo, particularmente os países da América Latina, historicamente marcados pela desigualdade e passados ditatoriais. Porém, justamente por esse passado e o entulho autoritário que integra tanto a legislação interna quanto a formação jurídica dos intérpretes da lei, acabam por deslegitimar os Direitos Humanos.

Em relatório divulgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em março de 2021, cerca de 500 venezuelanos atravessam a fronteira com o Brasil por dia. Diante disso, malgrado avanços puderam ser observados na situação dessas pessoas no Brasil, tais como: a operação Acolhida, que consiste em um programa de cooperação entre os estados, municípios e a União, que consiste na entrega de refeições, moradia, confecção de documentação, dentre outros aspectos (CIDH, 2021, p.94). Por outro lado, a xenofobia, o preconceito, a mão de obra escrava e forçada e a desigualdade social marcam de maneira acentuada a situação dos imigrantes venezuelanos no Brasil.

Pelo exposto até aqui, imperioso destacar que não cabe a nenhum Estado, inclusive ao brasileiro, por meio de atos discricionários, selecionar os indivíduos que poderão ou não exercer os seus Direitos Fundamentais em território pátrio. Essa escolha, pelo exposto, cabe ao próprio indivíduo ao optar por migrar, ser

acolhido com instrumentos que garantam a felicidade do ser humano enquanto sujeito de direitos e deveres delineados na comunidade internacional (LOUREIRO, 2019, p.13).

O Direito Internacional Privado, por óbvio, não ficou alheio a essas novas questões. Inicialmente, no século XIX, esse ramo do Direito ficou adstrito a garantir a previsibilidade e a segurança jurídica, pois naquele momento histórico havia apenas a preocupação com a igualdade formal entre os indivíduos. Contudo, durante o século XX, o Direito Internacional Privado vivenciou transformações profundas em relação aos seus objetivos, pois passou a prever o respeito à igualdade material, a diversidade e o acesso à justiça como elementos fundantes das relações privadas de caráter internacional (RAMOS, 2016).

Essa transformação é fundamental para que se compreenda que a análise do Direito Internacional Privado, agora, passa por uma análise concreta de suas decisões e seus ditames. Posto isso, não é mais possível que sejam ignorados os vulneráveis, como os migrantes e trabalhadores, na construção democrática desse ramo do Direito.

Esse é o entendimento de André de Carvalho Ramos:

O valor da igualdade impõe uma dimensão social do DIPr, exigindo a análise do impacto real da escolha da lei e da jurisdição especialmente sobre os vulneráveis, o que impede que o DIPr seja um vetor para tratamentos assimétricos e para o desrespeito à justiça material nos casos concretos (RAMOS, 2016, p. 506).

O referido autor avança no sentido de estabelecer que o Direito Internacional Privado deve ser dotado de valores intrínsecos à tutela humana, valorando a análise dos Direitos Humanos enquanto vetor hermenêutico efetivo, buscando na tolerância instrumento, aceitando a aplicação, no âmbito do Direito Interno dos regramentos dos outros países, como forma de construção de uma hermenêutica emancipatória dos Direitos Humanos na órbita privada, em especial nos contratos internacionais de trabalho.

Algumas premissas em relação aos contratos internacionais de trabalho precisam ser consideradas a partir do abordado acima, tais como: o devido cuidado com as disposições de direitos que os trabalhadores, muitas vezes, por desconhecimento ou necessidade, aderem, isto é, a autonomia da vontade deve ser considerada como vetor relativo de proteção da dignidade humana. Além disso, pelo princípio da boa-fé e da função social dos contratos, que também regem o arcabouço normativo e principiológico dos contratos internacionais.

Pelo exposto, o contexto da Pandemia do COVID-19 alterou substancialmente a vida e o cotidiano, em especial no contexto brasileiro. Diante disso, questões inerentes à proteção da dignidade humana do trabalhador em sede de contratos internacionais perpassa a noção de que aspectos relacionados ao respeito à autonomia da vontade e liberdades contratuais não podem subjugar condições mínimas ao trabalho digno. Além do exposto, previsões de cláusulas *hardship* e de força maior devem ser analisadas com cautela e, uma vez vistas como válidas sob a ótica jurídicas, aplicadas visando sempre a proteção *pro homine* dos Direitos Humanos trabalhistas.

2.2 CLÁUSULAS CONTRATUAIS NO CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO: FORÇA MAIOR E CLÁUSULA *HARDSHIP*

Os contratos internacionais, de maneira geral, são regidos, em situações excepcionais, pelas cláusulas *hardship* e de força maior. O foco do presente estudo será a aplicabilidade das chamadas cláusulas *hardship* aos contratos internacionais de trabalho e os seus limites de aplicação diante do novo sentido dado ao Direito Internacional Privado.

As chamadas cláusulas *hardship*, possuem uma definição dada pelo Instituto de Direito Internacional Privado, a UNIDROIT, instituição cujo objetivo maior é a unificação das leis

privadas internacionais, nos termos seguintes:

ARTIGO 6.2.2

Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e:

- (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
- (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;
- (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e
- (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.

Nesse sentido, trata-se de cláusula que visa a manutenção do *status quo* das relações internacionais firmadas, assemelhando-se às cláusulas de força maior em relação à inevitabilidade do evento e a imprevisibilidade. Contudo, essa se diferencia por haver um endurecimento das condições, tornando o contrato excessivamente oneroso, o que obriga a sua renegociação.

Contudo, a pandemia do COVID-19 é situação que pode ser considerada, em termos jurídicos, ampla demais para o seu enquadramento preciso nestes termos, diante das inúmeras aberturas semânticas que podem existir perante as cláusulas *hardship*. Nesse sentido, é o entendimento:

Visando pormenorizar as situações em que tal mecanismo de mitigação de risco pode ser utilizado, alguns contratos detentores da cláusula *hardship* procuram indicar, em seu bojo, quais são os eventos a que ela aplicar-se-ia, outros, unem este rol exemplificativo a uma fórmula genérica, e, uma terceira modalidade contratual, somente apresenta uma disposição geral, de caráter exemplificativo. De fato, não há uma forma específica de utilização da cláusula mencionada. Outrossim, mister se faz que a redação da premissa seja feita com grande atenção, pois os eventos variarão de acordo com o objeto do contrato (RABELO, 2015, p. 152).

A atividade empresarial foi fortemente abalada pela pandemia da COVID-19, diante da necessidade de isolamento social

e fechamento dos comércios, o que atingiu diretamente as indústrias, afetando de maneira incisiva a geração de empregos. Diante desse fato, é possível compreender que frente a uma iminente demissão, o trabalhador regido por um contrato internacional de trabalho, por ato de liberalidade, com fulcro na autonomia da vontade, poderia, a título de uma cláusula *hardship*, aceitar condições que fulminassem as suas condições de exercício de um trabalho digno.

Nesse contexto, o sentido das *hardship*, uma vez entabulado pela pandemia do COVID-19, desemboca em questões inerentes aos Direitos Humanos dos trabalhadores em tempos de crise. Diferente da cláusula de força maior, as funções das referidas cláusulas não representam uma exceção ao princípio da *pacta sunt servanda*, mas sim uma tentativa de revisar o contrato, sempre visando a sua manutenção.

Porém, como saber na prática se esse dispositivo estará presente na relação contratual. Contudo, a autonomia da vontade em Direito Internacional Privado não se assemelha aos que os civilistas denominam autonomia privada, que é aquela capacidade de estabelecer livremente um contrato, mas sim relaciona-se a possibilidade de escolha da lei aplicável ao contrato:

A autonomia da vontade no DIPr, utilizada nos Contratos Internacionais, nada tem a ver com o que os civilistas gostam de chamar de ‘autonomia privada’, e que diz respeito à faculdade das partes de contratar. Para o DIPr, autonomia da vontade significa permitir que as partes escolham a lei aplicável ao contrato internacional (ARAÚJO, 2002, p.197)

O *ethos* do Direito Internacional Privado, nesse sentido, deve ser o de estabelecer uma escorreita aplicação da lei mais favorável ao trabalhador, uma vez considerada a pandemia uma cláusula *hardship*. Caso contrário, retornaria esse importante ramo do Direito ao momento em que a segurança jurídica e a igualdade formal eram os vetores hermenêuticos de um contrato internacional envaidecido pelo seu adimplemento a todo custo, independentemente dos custos humanos ali envolvidos.

Outrossim, as disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que ao compreender que em eventuais conflitos de normas, tanto as de Direito Interno, quanto as de Direito Internacional, deve, pelo princípio *pro homine* ou *pro persona* dos Direitos Humanos compreender que o Direito Internacional Privado, em diálogo concatenado com os Direitos Humanos, afastar eventuais disposições contratuais oriundas das cláusulas *hardship* que promovam desmonte de Direitos Trabalhistas, ao escolherem legislações com um caráter menos protetivos que as brasileiras ou vice-versa. Esse tema será melhor abordado no item 2.3.

2.3 A CLÁUSULA *HARDSHIP* SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO *PRO HOMINE* E A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS DE TRABALHO

O atual estágio do constitucionalismo brasileiro é aquele em que podemos conceituar como expressão do constitucionalismo multinível, pautada por uma visão pluralista do Direito e visto como um sistema em que coexistem normas tanto de Direito interno quanto internacional.

O objetivo maior do constitucionalismo multinível é justamente o de proteger a pessoa humana contra o arbítrio estatal, pela ótica do princípio *pro persona*. Portanto, é alterada a visão de análise dos fenômenos jurídicos, historicamente marcados a partir de uma posição verticalizada do Direito (WALMOTT, AYZAMA, CÂMARA, 2021) e, portanto, sofre com influências do positivismo kelseniano.

Contudo, e a partir da quebra do paradigma verticalizado de interpretação das normas e institutos jurídicos, o Direito passou por um processo de amadurecimento e criação de mecanismo hábeis para a proteção da pessoa humana. Por consequência, a proteção de determinados sujeitos vulneráveis, como os

trabalhadores informais, da aplicação das normas jurídicas deve passar por um processo de alteração desse quadro, pautado no convívio harmônico entre as normas das mais variadas fontes, a partir da visão mais favorável à pessoa humana e, portanto, rompendo com o dogma kelseniano, adotando um sistema trapezoidal para o conhecimento e aplicação das normas de proteção dos Direitos Humanos, a partir de uma visão emancipatória da pessoa humana (NEGISHI, 2017, p.472).

Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira (2018), por sua vez, ao trabalharem sobre a primazia da pessoa humana nas eventuais antinomias entre normas internas e internacionais, demonstram que a pessoa humana e a interpretação mais favorável a ela, ou seja, *pro personae*, deve ser sempre considerada pelo julgador na aplicação do caso concreto. Isto faz parte de um processo de constante aprimoramento de uma hermenêutica emancipatória dos direitos humanos. Esse é o entendimento dos autores:

No Brasil tem-se exemplo importante: o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei federal 13.146/15) ao retirar a incapacidade das pessoas com deficiência emancipando-as, não trouxe regras de promoção à situação patrimonial dos emancipados. Entretanto, a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência mantém salvaguardas essenciais à proteção econômica da pessoa tutelada e, nesse caso, deve ser aplicada diretamente pelo juiz no caso concreto, até porque a interpretação a ser feita é *pro homine* (MARTINS; FERREIRA; 2018, p.8).

Ao primado da pessoa humana como norte das relações jurídicas, o autor Cançado Trindade (1996) possui importantes estudos sobre a temáticas:

No presente domínio de proteção a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aqueles interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas (TRINDADE, 1996, p.34).

A proposta do presente artigo, portanto, perpassa pela proteção integral do trabalhador nas relações internacionais

privadas. Para tanto, demonstra que as disposições das cláusulas *hardship* possuem limites, pois ao ser determinada a lei aplicável ao contrato, determinada disposição, por exemplo, que devido a pandemia da COVID-19, os trabalhadores não receberiam o adicional constitucional de férias, devido às condições econômicas e, por ato de vontade, concordaria com tal disposição.

Ao assim proceder, invocando cláusulas *hardship*, passando falsamente a ideia de reequilíbrio do sinalagma contratual, o trabalhador concordaria em aplicar a legislação trabalhista de outro país e, portanto, menos protetiva aos seus direitos. O entabulamento dessas cláusulas foi feito de maneira escorreita sobre o ponto de vista da igualdade formal entre as partes, porém não houve possibilidade efetiva do trabalhador ponderar sobre o que ali havia sido acordado.

A cidadania, atrelada ao conceito de capacidade de ser titular de direitos, conforme Hannah Arendt (1989) afirmava, norteia, portanto, todo o arcabouço normativo internacional, seja ele privado ou público. Vejamos:

O homem do século XVIII se emancipou da história. A história e a natureza tornaram-se ambas, alheias a nós, no sentido de que a essência do homem já não pode ser compreendida em termos de um nem de outra. Por outro lado, a humanidade, que para o século XVIII, na terminologia kantiana, não passava de uma ideia reguladora, tornou-se hoje de fato inelutável. Esta nova situação, na qual a “humanidade” assumiu de fato um papel antes atribuído à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito a ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade. Nada nos assegura que isso seja possível. (ARENDR, 1989, p. 332)

A pandemia acentuou ainda mais essa necessidade de promover o direito de cada indivíduo pertencer à humanidade. Desafiou a sociedade e o mundo do trabalho em seu processo de inovação, de modo que ao Direito Internacional Privado e aos Direitos Humanos cabe dar uma resposta satisfatória a essas novas demandas.

Contudo, o que o princípio *pro homine* precisa proteger? A ação da livre iniciativa e a desregulamentação dos direitos sociais trabalhistas, questões inerentes ao processo moderno da globalização e acentuadas pelo contexto pandêmico. Ao compararmos, por exemplo, o ordenamento europeu, antigamente regulado pela Resolução 44/2001 e atualmente pela Resolução 1215/2012, cujo conteúdo protetivo é assemelhado, assim deve ser analisado:

La posibilidad de que las partes realicen un acuerdo de su-misión expreso a favor de unos determinados tribunales, en supuestos de contratos individuales de trabajo, ha de ser visto como algo positivo, a priori y en términos generales. Así, la posibilidad de acordar una jurisdicción para poder solventar las eventuales disputas ofrece seguridad jurídica a las partes y garantiza una buena administración de la Justicia en esta materia. Pensemos, a modo de ejemplo, en los beneficios que ello podría significar en el supuesto de un Directivo que fuera expatriado a un país extranjero, en términos de garantizarle la posibilidad de acudir a los tribunales del Estado de origen, caso de que surgiera una controversia una vez en el Estado de destino. No obstante, igualmente es cierto que en esta materia hay que ser especialmente cautos con esta opción, dado que puede dar lugar a abusos por parte del empresario y, en definitiva, poder llegar a perjudicar al trabajador que podría ver como le imponen unos tribunales que no desea, por este conducto (MORENO, 2006, p.46).

O trabalho digno e o princípio *pro homine* trabalham em conjunto como vetores hermenêuticos hodiernos, com forma apenas de ampliar a tutela ao trabalhador e não apenas reduzir. Nesse sentido:

A reflexão sobre a tutela do trabalhador na perspectiva objetiva traçar o caminho da proteção do homem num direito ao trabalho digno. De um lado, o princípio *pro homine* com os princípios da progressividade, vedação à inação e vedação ao retrocesso buscam ampliar a tutela ao trabalhador, analisando-o de forma integral, não somente na sua dimensão de produção, mas também o homem na qualidade de ser humano, por isso precisa dessa tutela especial do Estado. Em consequência desse primado, o homem como pessoa e fim em si mesmo tem o direito

ao trabalho digno, assegurando as condições de cidadania e acesso aos direitos e garantias fundamentais e sociais. Assim, a aplicação de forma irrestrita do princípio *pro homine* é medida que precisa ser adotada pelos tribunais, sendo também dever dos operadores do Direito do Trabalho, para buscar aprofundamento na legislação e doutrina. Os princípios da proteção, da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso, se conjugados com o princípio *pro homine*, ampliarão consideravelmente os direitos fundamentais trabalhistas previstos na Constituição da República de 1988, bem como nas demais leis laborais (BITTENCOURT; JUNIOR, 2020, p.17).

Pelo exposto, e o que foi esculpido nas normas de Direito Internacional Privado, pela função humanística que esse ramo jurídico adquiriu com o percurso histórico desenvolvido durante o século XX, bem como os desafios esculpidos pela pandemia do COVID-19, é possível a aplicação contratual das cláusulas *hardship* em sede do contrato internacional de trabalho. Contudo, a autonomia da vontade do trabalhador deve ser lida como uma proposta de construção da cidadania e do trabalho digno.

Logo, é fundamental que o instituto jurídico inicialmente estudado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, o do princípio *pro homine* oriente as avenças internacionais como uma razão de ser, o *ethos* fundante da moderna visão do Direito Internacional Privado, não apenas voltado a segurança jurídica e a igualdade formal, porém, como mola propulsora dos Direitos Humanos, em especial aqueles da seara trabalhista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema analisado no presente artigo passa por inúmeras transformações, em especial no território brasileiro, com os fluxos migratórios venezuelanos e haitianos, e a pandemia da COVID-19, que transformou o planeta, particularmente o Direito Internacional Privado e os Direitos Humanos na proteção dos vulneráveis, na busca pela igualdade material entre os indivíduos.

Nesse sentido, é possível observar que em matéria de Direitos Humanos Trabalhistas e com basilar consideração nos limites do princípio da autonomia da vontade, o princípio *pro homine*, o vetor hermenêutico que o julgador deve assegurar aos trabalhadores na construção de um trabalho digno e decente, com fins a dar azo a dignidade da pessoa humana.

Postas essas premissas básicas, infere-se que o Direito Internacional Privado na contemporaneidade passou por transformações profundas de ordem a justificar mudanças em seus pressupostos básicos e históricos. Embora segurança jurídica e igualdade formal sejam princípios ainda norteadores das relações privadas internacionais, esse não é mais o mote desse ramo do Direito. Assegurar o acesso à justiça e aos Direitos Humanos transformou o mundo nos pós 2ª Guerra Mundial e, malgrado desafios enormes para a efetiva consagração da pessoa humana enquanto sujeito de direitos e deveres, os avanços são fundamentais.

Evidente, portanto, que a efetivação das chamadas cláusulas *hardship* devem ser analisadas diante desse contexto. O trabalhador, a pretexto de sua autonomia da vontade, e de dificuldades financeiras de eventual empregador, não pode consignar mudanças no sinalagma contratual que o leve a um estado total de insolvência de Direitos Trabalhistas elementares. Outrossim, o olhar atento do estudioso do Direito a essas questões torna-se inerente e fundamental, tanto na prática forense quanto na acadêmica, com o intuito de salvaguardar o Estado Democrático de Direito.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nadia de. Contratos internacionais e a jurisprudência

- brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 195-229.
- ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BARROSO, Luiz Roberto. A crise econômica e o direito internacional. In *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 323, pp.83-104. 2005
- BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Zahar. Edição do Kindle. 1997.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (8ª turma). Proc. n. 0000869-26.2010.5.03.0091, *Recurso Ordinário*, Relator: Márcio Ribeiro do Vale. Data publicação: 24/02/2011. Acesso em 02/07/2021.
- BENKO, Georges. Modernidade, pós modernidade e ciências sociais. Trad. Ricardo Castillo. *Revista do Departamento de Geografia*, USP, São Paulo, vol. 13, novembro de 2011.
- BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva; SAMPHAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. O princípio *pro homine* como instrumento de proteção integral do ser humano na relação de trabalho. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, [S.L.], v. 15, n. 3, p. 1-21, 1 out. 2020.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.*; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CACCIOMALI, Maria Cristina. Desgaste da legislação laboral e ajustamento do mercado de trabalho no Brasil nos anos 90. In: POSTHUMA, Ane Caroline (org.). *Abertura e Ajuste do Mercado de Trabalho no Brasil: políticas para conciliar os desafios do emprego e competitividade*. São Paulo : Editora 34, 1999. pp. 207-232
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito*

- internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.* São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 1996
- CASTELLS, Manuel. *O Poder da Comunicação*. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne; revisão de tradução de Isabela Machado d Oliveira Fraga. 1ª ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- COELHO, Débora. Pós Modernidade: um olhar sobre as modificações nas interações sociais cotidianas. *Revista Sessões Imaginário*, Porto Alegre, ano XVIII, n. 29.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. 2021. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 02 ag. 2021.
- DELMAS-MARTY, Mirelle. *Três desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Chourkr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DIAS, Maria das Graças dos Santos. Direito e pós modernidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 11,n.1, jan./jun .2006.
- GAMBA, J. C. M. A concretização do trabalho digno no Mercosul: dilemas da integração regional. *Brazilian Journal of Latin American Studies*, [S. l.], v. 9, n. 17, p. 136-157, 2010
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*, tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
- LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. O Pacto Global das Migrações sob o olhar do Direito Cosmopolita. In: PALUMA, Thiago; SQUEFF, Tatiana Cardoso (org.). *Migrações Internacionais no século XXI: perspectivas e desafios*. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

- LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Refugiados e Apátridas no Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.
- MAGANO, Octavio Bueno. Internacionalização das relações de trabalho, in *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas Estudos em homenagem ao prof. Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, 1994.
- MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Diálogo de fontes e governança global: hermenêutica e cidadania mundial na concretude dos direitos humanos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, p. 443-467, jun. 2018
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MORENO, Guilherme Pallao. La comunidad europea y el contrato individual de trabajo internacional: aspectos de jurisdicción competente y de ley aplicable. *Revista Sequência*, Revista Sequência, v. 52, n. 27, p. 35-54, jul. 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva. 2003 p. 144
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios da ordem constitucional contemporânea. In *Direitos humanos*. Curitiba. Juruá. 2006, v. 1 p. 17.
- RABELO, Carolina Gladyer. Contratos Internacionais E Cláusulas Hardship. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*, [s. l], v. 1, n. 15, p. 144-155, jul. 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional*, [S.L.], v. 13, n. 2, p. 505-521, 6 nov. 2016
- RODRIGUES PINTO, José Augusto. Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego? José Augusto Rodrigues Pinto. *Revista do Tribunal Superior do*

- Trabalho*, vol. 77, n.3, jul/set. 2011.
- ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo: LTR 1997
- ROMITA, Arion Sayão. *Revista TST*. O impacto da globalização no contrato de trabalho. Brasília, vol. 66, nº4, out/dez, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Fim do Império Cognitivo - A afirmação das epistemologias do sul*. Almedina. Edição do Kindle. 2018.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.