

La retribuzione delle ore di reperibilità ("*sobreaviso*") in Brasile

di Marcio Tulio Viana*

1. Una piccola introduzione

Al contrario di quello che si vede nei Paesi europei – in cui in generale si accetta, quasi come un fatto inesorabile o una sorta di destino, la teoria della flessibilità - in Brasile questa materia coinvolge molti giuristi in una vera e propria lotta, sia forse intorno al diritto, sia anche *per* il diritto, come direbbe Von Ihering.

Da una parte, quelli che si avvalgono di argomenti economici (o più precisamente neolibéristi) e si riferiscono alle nuove tendenze europee per difendere l'idea secondo cui viviamo in un mondo che richiede un diritto sempre più morbido e mobile; che la concorrenza internazionale esige rapporti effimeri e mutevoli così come sono oggi i prodotti stessi; e che, in generale, non c'è altra via di uscita se non quella di retrocedere in termini di protezione dei lavoratori, sia pure rispettando un "minimo" (ogni volta minore) di tutela e benché questa conclusione venga di solito travestita da sofismi.

D'altra parte, ci sono quanti cercano di resistere a queste pressioni, sia utilizzando come argomento l'esempio stesso di alcuni Paesi che hanno scelto la via della flessibilità e ciononostante oggi si vedono in grave crisi (come la Spagna e l'Italia), sia difendendo l'idea che le trasformazioni nell'economia e nella politica non sarebbero il prodotto di un avvenimento naturale - quasi una specie di terremoto o tsunami - ma il risultato di una scelta economica e politica.

Questo dibattito sembra meno acceso in Europa rispetto Brasile e agli altri Paesi dell'America latina, forse non solo perchè noi "terzomondisti" abbiamo un atteggiamento meno positivista e più critico rispetto al diritto, ma anche perchè i nostri Paesi non hanno mai vissuto davvero il cosiddetto "Wellfare State", e così i loro lavoratori non dispongono di nessun "grasso" da perdere, ossia non hanno una "riserva" di diritti che potrebbero lasciare per la strada senza grande sofferenza.

Peraltro, forse si deve dire che nel caso particolare del Brasile, viviamo fino ad oggi un fenomeno che si potrebbe chiamare "effeto Lula". Non solo il Partito dei Lavoratori (il

* Marcio Tulio Viana è professore di Diritto del Lavoro presso l'Università Federale di Minas Gerais.

“PT”) con i suoi alleati rappresenta la maggioranza nel Congresso Nazionale, ma per di più le centrali sindacali hanno acquisito un potere politico rilevante, almeno a livello di vertice (giacchè i sindacati sono in generale deboli a livello più basso).

Negli ultimi anni, poi, sono stati Lula e Dilma Rousseff a scegliere i successori - in generale di sinistra o centro-sinistra - dei vecchi giudici conservatori della più alta Corte di giustizia in materia di lavoro (il “Tribunale Superiore del Lavoro”- TST)¹ ed il TST praticamente *fissa* l’interpretazione della legge, attraverso le cosiddette “*sumulas*” e gli “orientamenti giurisprudenziali”: le prime rappresentano un’interpretazione vincolante per qualsiasi giudice, mentre le seconde, anche se non efficaci se non per il processo specifico, hanno una pesante influenza presso i giudici di primo e secondo grado.

In termini giuridici, l’atteggiamento dei magistrati brasiliani (o almeno della maggior parte di loro che guarda in modo più critico la teoria della flessibilità) cerca di trovare una sponda nella Costituzione e nei principi del Diritto del Lavoro.

Rispetto alla Costituzione, è importante osservare che essa è stata scritta dopo la caduta della dittatura militare, quando il Paese respirava finalmente libertà e sentiva una vera sete di giustizia. Inoltre, i sindacati brasiliani (che hanno avuto un ruolo importante nel processo di rinascita della democrazia) già sentivano da lontano i primi venti neoliberalisti che soffiavano nei Paesi europei, dove i diritti lavoristi subivano forti pressioni. Il risultato di tutto ciò fu una “costituzionalizzazione” della CLT². In poche parole, una serie enorme di regole di Diritto del Lavoro, anche di importanza minore (come quelle relative ai termini di prescrizione) sono state incluse nella Costituzione, che per questo ed altri motivi ha ricevuto il titolo (informale, però fortemente simbolico) di “Costituzione Cittadina”.

Inoltre, la Costituzione (come è successo in altri Paesi) negli ultimi decenni ha visto rafforzare il suo ruolo di “garante” dei diritti umani ed in Brasile si è sviluppata l’idea che i diritti del lavoro, anche quelli più “piccoli”, abbiano lo stesso valore dei diritti umani in generale: sarebbero cioè “diritti fondamentali”, di modo che una parte importante della dottrina conclude che non possono subire peggioramenti, neppure attraverso la via collettiva.

Questa tendenza alla difesa del Diritto del Lavoro (che, come dicevo, non è unanime anche se mi pare ancora maggioritaria) utilizza di solito la strategia di valorizzare i

¹ In Brasile, come in Italia, i magistrati sono di solito selezionati sulla base di un concorso pubblico, però quelli dei “tribunali superiori” sono scelti per il Presidente della Repubblica da un elenco di tre nomi indicati dagli stessi tribunali.

² La CLT è la legge che rappresenta la base del diritto del lavoro brasiliano (n.d.r.).

principi lavoristici in senso stretto ed anche quelli di natura costituzionale, in collegamento con la dottrina dei diritti umani e con le lezioni di autori come Alexy ed altri, che li considerano vere e proprie *norme*. Così, per esempio, la norma costituzionale che garantisce la dignità del lavoro viene letta da molti come un ostacolo assoluto ai tentativi di precarizzazione.

Questo atteggiamento, ripeto, non è condiviso da tutti e subisce comunque le pressioni internazionali e perciò non si può dire che il Diritto del Lavoro brasiliano non faccia qualche passo indietro ³. Ma in generale il movimento di resistenza sembra molto più forte che in Europa.

Questo contesto - nel complesso ancora favorevole alla protezione dei lavoratori - forse potrà chiarire meglio il perché della recente decisione del TST relativa alle cosiddette "ore di reperibilità" ("*sobreaviso*"), ma prima di parlarne dobbiamo fare altre considerazioni sulla strada del Diritto del Lavoro brasiliano, o più precisamente della sua "Consolidamento delle Leggi del Lavoro" (CLT).

2. Le "ore di reperibilità"

Da molti anni, il Diritto del lavoro brasiliano contiene una regola generale secondo la quale

"Si considera tempo di servizio effettivo il periodo in cui il dipendente sia a disposizione del datore di lavoro, aspettando o eseguendo ordini, salvo disposizioni speciali espressamente previste " (art. 4° CLT).

Tra le ipotesi che possono essere considerate "*disposizioni speciali espressamente previste*" alcune hanno carattere generale, come quelle relative alle ferie annuali o ai primi 15 giorni di malattia – durante i i cui periodi, a fronte della mancata prestazione di lavoro, sussiste comunque il pagamento della retribuzione⁴.

Altre invece sono davvero davvero "speciali", e tra queste quella relativa ai dipendenti delle ferrovie che restano a casa per una parte della loro giornata o addirittura per tutta la giornata, semplicemente ad aspettare di essere chiamati al lavoro per eseguire un'attività di qualche tipo.

³ Un esempio, tra molti, è l'attuale ampliamento della facoltà di ricorrere a contratti a termine (art. 443 CLT)

⁴ Dopo il quindicesimo giorno di malattia il lavoratore percepisce un'indennità a carico dell' Istituto di Previdenza Sociale.

Secondo la legge (art. 244 §2° CLT) queste ore, in cui non c'è lavoro effettivo nonostante ci sia un "lavoro atteso", vengono pagate un terzo della retribuzione oraria normale. In Portoghese queste ore sono chiamate "*horas de sobreaviso*", un'espressione che può essere tradotta come "ore di reperibilità".

Questo non vuol dire, naturalmente, che il dipendente riceva *sempre* 1/3 della retribuzione normale: se viene chiamato al lavoro, da quel momento in poi ha il diritto alla retribuzione piena per ogni ora effettivamente lavorata. Così, per esempio, se rimane a casa per sei ore e lavora altre due, riceverà una retribuzione complessiva pari a 4 ore (1/3 di 6 più 2).

Da molto tempo la giurisprudenza e la dottrina brasiliane estendono per analogia la disciplina prevista dalla legge (art. 244 §2°) ad altre ipotesi, come accade per alcuni dipendenti addetti alle reti elettriche che rimangono per alcune ore a casa con l'obbligo della reperibilità.

Una sorta di zona grigia, poi, è quella dei lavoratori che – come i medici⁵ – restano lontani dal loro posto di lavoro, ma non necessariamente a casa. Fino a poco tempo fa, prima dell'introduzione delle nuove tecnologie, molti di loro avevano il cosiddetto "bip", una sorta di cercapersone, ma poiché raggio di azione di questo apparecchio era limitato, di solito non potevano allontanarsi, così come, per altri motivi, non potevano andare al cinema o in chiesa. Cosicché, anche se quel piccolo apparecchio non restringeva tanto la loro libertà, comunque li manteneva all'erta, quasi sotto stress.

⁵ In generale, la legge e la maggior parte della giurisprudenza brasiliana guarda con atteggiamento critico la cosiddetta "parasubordinazione", accusata di rappresentare soprattutto una strategia per espellere dall'ambito della tutela generale molti che invece dovrebbero essere considerati veri e propri dipendenti, più che un tentativo di proteggere al minimo quanti vivono in un limbo giuridico. Da questo punto di vista, il concetto stesso di parasubordinazione, anche se costruito in un'altra epoca e con un'altra logica, sarebbe diventato oggi anzitutto una strategia sottile e intelligente di precarizzazione. In altre parole, la costruzione stessa del concetto, che sembrerebbe un aumento dei soggetti protetti, è diventata possibile (specialmente oggi) soltanto a spese di un artificiale restringimento del concetto di subordinazione. Anche se non tutti sono concordi, la dottrina brasiliana più influente considera la subordinazione in modo *oggettivo*, come risultato del semplice inserimento del lavoratore nel processo produttivo (il che, sotto certi aspetti, sembra ricordare la dottrina spagnola di Olea). Così, non importa se il dipendente non riceve ordini diretti ma basta la mera possibilità che ciò accada. Alla dottrina brasiliana sembra un vero assurdo, per esempio, considerare "parasubordinato" e non un vero e proprio dipendente un professore che insegna regolarmente in una scuola, anche se per poche settimane. *Sostanzialmente*, la sua situazione non sarebbe differente di quella di un dipendente che lavora, per esempio, nel "dipartimento di risorse umane" di una ditta. Ambedue non sono detentori dei mezzi di produzione, le loro attività si inseriscono nella *routine* dell'organizzazione e perciò possono subire in qualsiasi momento (anche se in grado diverso, non importa) gli effetti chiari o nascosti del potere imprenditoriale. Naturalmente, i giuristi brasiliani non ignorano le nuove tipologie del mondo del lavoro; anzi, molti di loro studiano oggi, oltre al diritto, la sociologia e l'economia. La tesi che difendono è quella secondo cui esistono argomenti sufficienti per includere questi nuovi rapporti (o almeno la gran maggioranza) nel lavoro dipendente, e l'atteggiamento contrario nasconderebbe una razionalità più politica, ideologica ed economica che propriamente giuridica.

In realtà si potrebbe dire che la situazione pareva ambivalente e di conseguenza alcuni giudici riconoscevano a questi lavoratori il diritto all'indennità di reperibilità, mentre altri lo escludevano perchè sottolineavano la differenza rispetto alla condizione dei lavoratori delle ferrovie che non potevano uscire da casa. Alla fine, da alcuni anni la giurisprudenza maggioritaria aveva concluso che l'articolo 244§2° non si doveva applicare a quanti avessero il "bip", il telefono cellulare o altra attrezzatura del genere.

Così si esprimeva la "Sumula" n. 428 del TST:

"L'uso di un apparecchio di comunicazione, a esempio del Bip, Pager o cellulare da parte del dipendente, non caratterizza, di per sé solo, il regime di "sobreaviso", allorché il dipendente non rimanga in casa, ad aspettare in qualsiasi momento la chiamata al lavoro"

Era questa la situazione quando un altro articolo importante della legge brasiliana (l'art. 6° CLT) ha subito una modifica interessante. Prima, questo articolo affermava semplicemente che

"Non si distingue tra il lavoro realizzato nello stabilimento del datore di lavoro e quello eseguito nel domicilio del dipendente, a patto che si tratti di rapporto di lavoro subordinato"

Oggi⁶ invece si legge:

"Non si distingue tra il lavoro realizzato nello stabilimento del datore di lavoro, quello eseguito nel domicilio del dipendente e quello realizzato a distanza, a patto che si tratti di rapporto di lavoro subordinato"

È vero che anche prima di questa modifica la dottrina e la giurisprudenza di solito non vedevano differenze tra il lavoro eseguito all'interno dello stabilimento e quello realizzato fuori della fabbrica⁷. Ora però lo stesso testo normativo ha eliminato qualsiasi eventuale dubbio.

Bene. Questo articolo, anche se (agli occhi della maggioranza dei giudici) poteva sembrare quasi ovvio e addirittura inutile, certamente ha influito nel modo di qualificare le "ore di reperibilità".

3. La nuova giurisprudenza

Nello scorso agosto una delle camere del TST, nel decidere un caso particolare, ha

⁶ La modifica è stata introdotta dalla legge n. 12 551 del 15-12-2011

⁷ V. nota n. 3, *supra*.

sviluppato l'idea che sebbene il semplice uso del cellulare o di un altro apparecchio analogo non possa di per sé generare un diritto, questa circostanza, in un contesto che implichi una potenzialità di lavoro, dà al dipendente il diritto al pagamento di ore di reperibilità (1/3 della retribuzione normale).

La decisione è nata da un caso sottoposto ad una delle camere di quel tribunale ed ha provocato una revisione della *Sumula* n. 428, già citata. La nuova redazione dice così:

- I. *L'uso di strumenti telematici o informatizzati forniti dall'impresa al dipendente, di per sé solo, non caratterizza il regime di "sobreaviso".*
- II. *Si considera in "sobreaviso" il dipendente che, a distanza e sottoposto a controllo imprenditoriale attraverso strumenti telematici o informatizzati, rimane in condizione di disponibilità o equivalente, aspettando in qualsiasi momento la chiamata al lavoro durante il periodo di riposo*

Bisogna ritenere che tra gli strumenti in questione ci sia il telefono cellulare e che perciò non sia più necessario che il lavoratore rimanga a casa perché abbia il diritto alla retribuzione per reperibilità, tuttavia occorre pur sempre che sia in una condizione di disponibilità o simile.

Inoltre, al contrario di quello che dice il già citato articolo 244§2° CLT (sui lavoratori delle ferrovie), la "*Sumula*" si riferisce al "periodo di riposo"⁸, il che può essere interpretato in due modi. Da una parte si può concludere, tenendo conto della lettera della norma, che soltanto durante il periodo di riposo è dovuto il pagamento della reperibilità (1/3 delle ore normali), con la conseguenza che se la reperibilità è richiesta di notte, mentre il lavoratore dorme, nulla è dovuto. D'altra parte si può dire che la "*Sumula*" ha soltanto chiarito che *durante* l'orario di lavoro il dipendente non ha bisogno di ricorrere alla previsione contenuta nella "*sumula*", per la semplice ragione che è retribuito *normalmente*, ai sensi del già citato art. 6, anche se presta lavoro effettivo.

Considerando il diritto brasiliano nel suo complesso, quest'ultima interpretazione sembra la più ragionevole. Così, per esempio, se un impiegato lavora a casa sua con internet dalle 12 alle 16 e dalle 15 alle 18, con un'ora di riposo⁹, riceverà *normalmente* la retribuzione per le 7 ore di lavoro, anche se non rimane tutto il tempo a lavorare

⁸ La CLT (art. 71§ 1°) prevede intervalli da una a due ore per una giornata di più di 6 ore e di 15 minuti per una giornata da 4 a 6 ore

⁹ Nel diritto brasiliano (art. 62 CLT), il fatto che il lavoro sia esterno non impedisce nemmeno il pagamento delle ore straordinarie, a meno che *non sia possibile* il controllo dell'orario. Nel caso del telelavoro, come si sa, questo controllo è tecnicamente possibile. Così, anche se il datore non controlla, il diritto del dipendente è garantito.

effettivamente (può restare “a disposizione”, come prevede il già citato art. 6°); avrà diritto al pagamento di 1/3 di retribuzione *aggiuntiva* per l'ora destinata al riposo, se il datore di lavoro gli chiede di restare sempre attento perchè potrà essere chiamato a lavorare in qualsiasi momento.

C'è di più: se il lavoratore ricomincia a lavorare invece di riposare, allora non si parla più di “ore di reperibilità”, ma di ore di lavoro effettivo e la loro retribuzione, per altre ragioni¹⁰, sarà maggiore della retribuzione normale.

In conclusione, come si può osservare, anche una piccola vicenda giuridica come questa nasconde qualcosa di grande, poichè ci lascia intravedere una tendenza ancora protettiva della giurisprudenza brasiliana, che sembra una sorta di risposta alle spinte verso la precarietà.

Ma anche questa risposta, a sua volta, nasconde una teoria ed una pratica in cui molti di noi crediamo. La teoria ci dice che le “mutazioni” che colpiscono il mondo non sono “darwiniane”, nel senso di caotiche ed inevitabili. La pratica ci ha insegnato, tanto tempo dopo Keynes, che oggi come ieri lo sviluppo economico non è (né può essere) incompatibile con lo sviluppo sociale.

Non sarà probabilmente per altra ragione che il Brasile è oggi la sesta economia del mondo e che, nonostante le sue isole di povertà, il paese ha promosso negli ultimi dieci anni un'importante e progressiva trasformazione sociale.

¹⁰ Oltre al pagamento delle ore lavorate come straordinarie (50% in più), la CLT (art. 71 § 4°) prevede che se il datore di lavoro non consente al lavoratore di godere dell'intervallo di riposo, dovrà pagargli il tempo ad esso destinato come se fosse effettivo tempo di lavoro, maggiorato dello stesso 50%.