

A PRESCRIÇÃO DO FGTS: UM EXAME DA CONSISTÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DOS PROBLEMAS DA NATUREZA JURÍDICA

Marcus de Oliveira Kaufmann*

1 – INTRODUÇÃO

Assunto recorrente, a despeito de uma certa pacificidade na jurisprudência, é o que diz respeito à natureza jurídica dos depósitos destinados ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O tema é, essencialmente, polêmico pelos aspectos multifacetados que revela, uma vez que permite um exame próprio do ponto de vista do empregador e, também, uma compreensão específica sob a perspectiva do empregado.

Nessas circunstâncias, o debate e as incertezas naturais que são despertadas na discussão acerca da natureza jurídica do FGTS corrompem, sobremaneira, a segurança que seria e deveria ser esperada na fixação dos corretos prazos prescricionais atinentes às pretensões que se deduzem em relação ao FGTS. É que, se o problema da natureza jurídica do FGTS permite uma leitura híbrida (tanto para a perspectiva patronal, quanto para a perspectiva obreira) das soluções atinentes à prescrição aplicável às pretensões deduzidas em face do FGTS, não se pode escapar do fato de o aplicador do direito ter que lidar, a todo o instante, com conflitos aparentes de normas envolvendo o prazo prescricional atinente ao FGTS. Invocam-se normas que regulam a prescrição a depender da orientação jurídica para o FGTS que se assume, quer de forma mais benéfica ao empregado, quer ao empregador.

* *Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho); Professor Universitário; Advogado.*

O objetivo deste trabalho não é o de traçar parâmetros para a identificação do correto prazo prescricional enquanto se convive com o referido conflito aparente de normas, mas sim o de descrever as operações lógico-abstratas de que o jurista se vale para construir, no mundo de seu conhecimento, um sistema jurídico harmônico, sem problemas de *consistência*, independentemente da orientação filosófica ou do entendimento concreto que o jurista possa ter a respeito de um certo problema de aplicação do ordenamento jurídico, mormente quanto aos aparentes conflitos de normas que tratam do prazo prescricional em matéria de FGTS.

2 – DOS DEBATES EM TORNO DA NATUREZA JURÍDICA DO FGTS

Antes de mais nada, imprescindível, para que se adentre naquele intuito de harmonização, uma apresentação da polêmica sobre a identificação da natureza jurídica do FGTS.

Um considerável seguimento da doutrina anuncia a natureza meramente tributária dos depósitos do FGTS (“*teoria do tributo*”), na espécie de contribuição de natureza parafiscal, uma vez que os depósitos são arrecadados pelo Estado, como receita orçamentária face aos propósitos sociais do fundo, e tendo, como fato gerador, o pagamento de salário ao empregado. Outra parcela anuncia uma natureza previdenciária (“*teoria da contribuição previdenciária*”) muito mais latente do que um perfil de “indenização” que possuiria se somente visto pelo prisma, por exemplo, do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, tanto é que o Estado teria confiado a fiscalização acerca de seu cumprimento ao INSS. Um outro segmento doutrinário explora a natureza meramente indenizatória do FGTS (“*teoria da indenização*”), calculada com base na proporcionalidade entre o tempo de serviço do empregado e o salário. Há, ainda, a tese de que o FGTS constituiria hipótese de salário diferido (“*teoria do salário diferido*”), ou seja, um crédito ao trabalhador formulado nos dias de hoje para utilização futura. Pela complexidade da matéria, sustenta-se, ainda, que o FGTS teria várias concepções. Assim, o acréscimo devido (multa fundiária) na despedida sem justa causa ou arbitrária preservaria a natureza indenizatória nos limites do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, c/c o art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), enquanto os depósitos ao fundo denotariam o resultado de uma responsabilidade objetiva atribuída ao empregador (“*teoria da natureza dupla*”). Por fim, sustenta-se que também o FGTS comportaria obrigações dualistas (“*teoria da obrigação dualista*”), na medida em que as contribuições patronais ao fundo teriam natureza fiscal e os depósitos levantados, quando o caso, pelos

trabalhadores, teriam natureza de salário social ou de direito trabalhista de cunho social¹.

Para os fins do presente trabalho, adota-se, como parâmetro – e por mais controversa e criticada que a adoção de uma tal postura possa parecer – a teoria da obrigação dualista, ou seja, aquela que é a mais próxima a um *hibridismo* no exame da matéria. Segundo o entendimento ora adotado, somente a partir da constatação da natureza híbrida do FGTS é que a sua própria complexidade, bem como o fato de que sua natureza jurídica foi, quiçá intencionalmente, não definida de forma clara pelo legislador, pode ser enfrentada, como se pretende, tanto sob a perspectiva patronal, quanto sob a perspectiva obreira.

Portanto, nesse sentido, o FGTS possui natureza jurídica híbrida (a teoria da obrigação dualista é a que mais se aproxima, como parâmetro, da adoção de um tal posicionamento), tanto se revelando, para os empregadores, como uma contribuição social de natureza parafiscal, quanto se revelando, para os empregados, como um direito social (a se partir do disposto no art. 7º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal) de utilização futura caso os pressupostos, para tanto, forem observados de acordo com a legislação regente.

É preciso, desde logo, frisar que o entendimento de que, para os empregadores, a contribuição ao FGTS teria natureza, assim, tributária, de contribuição social de natureza parafiscal, diverge do posicionamento jurisprudencial que se consolidou no seio do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência desses Tribunais revela a adoção, como pela maior parte da doutrina, da teoria do salário diferido, uma vez que se rechaça a natureza tributária ao qualificar o FGTS como uma “contribuição estritamente social” com o fim social de proteção ao trabalhador².

Embora exista uma certa timidez, quando da apresentação dos debates doutrinários em torno da natureza jurídica do FGTS, a respeito dos fundamentos para a adoção de uma ou outra teoria, as linhas que se seguem se ocuparão de demonstrar, juridicamente, o porquê de se adotar a concepção da natureza híbrida do FGTS, tanto sob a ótica do empregador, quanto sob a ótica do

1 Por todos, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 662-663; e JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 706-707 e 718.

2 A título exemplificativo, STF, 1ª T., Recurso Extraordinário (RE) 134.328/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 19.02.1993, p. 2.038; e STF, 1ª T., RE 115.979/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 10.06.1988, p. 14.406.

empregado, tanto sob o perfil de uma contribuição social de natureza parafiscal, quanto sob o perfil de um direito social dos trabalhadores.

2.1. O Enquadramento Jurídico das Contribuições Sociais ou Parafiscais – A Perspectiva Patronal

Nas palavras de Agostinho Alvim, “os problemas da dogmática não se resolvem pela taxinomia”³. Poder-se-ia aditar à lição o entendimento de que, nem mesmo quando a Constituição Federal ou quando o poder constituinte derivado se incumbem de arrolar pretensas espécies de certo instituto jurídico (as contribuições sociais ou parafiscais), a dogmática pertinente ao Direito Tributário, em seu ramo Previdenciário, não se afeta com tendências de construção de normas que delimitam ou afetam a natureza daquele instituto.

É o que ocorre quando, no art. 145 da Constituição Federal, o constituinte asseverou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir os seguintes tributos: impostos (inciso I), taxas (inciso II) e contribuições de melhoria (inciso III). Estaria a Constituição Federal pretendendo, a despeito de toda uma construção jurídica, com forte influência dos posicionamentos doutrinários, que se fortaleceu nas décadas que antecederam a nova Carta e mormente após a derrocada de sistemas tributários outros que não comportavam certas figuras de exações, restringir a caracterização do instituto “tributo” a, tão-somente, impostos, taxas e contribuições de melhoria?

Ainda que de há muito o tema já tenha sido resolvido pela jurisprudência dos Tribunais, capitaneados por precedentes do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as contribuições sociais ou parafiscais, além das contribuições de melhoria (que possuem a mesma “taxinomia” inicial), o assunto, em sede doutrinária, ainda requer trato a ponto de ensejar homéricas discussões, muito embora prevaleça, como sabido, a tese segundo a qual é tributária a natureza das contribuições sociais ou parafiscais⁴, em razão do que vai disposto nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal.

Com a natureza tributária das contribuições sociais ou parafiscais, sucumbiram, para efeitos práticos, mas não doutrinariamente, os defensores da

3 *Apud* FISCHER, Octávio Campos. *A contribuição ao PIS*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 78.

4 Muitos dos que sustentam que o FGTS não teria natureza tributária cometem o erro crasso de sustentar que, ainda que pudessem ostentar natureza parafiscal, a natureza tributária não poderia ser defendida.

classificação bipartite dos tributos⁵, sinceramente ultrapassada, em razão de não poder explicar o porquê de o constituinte ter considerado as contribuições de melhoria como espécie tributária. O fato é que, com fulcro na própria Constituição Federal, surgiu, por assim dizer, a classificação tripartite dos tributos, que não apresenta as contribuições sociais ou parafiscais no rol dos tributos, preferindo interpretar literalmente o ordenamento jurídico e, particularmente, a Constituição Federal⁶. Dessa concepção, e com o desenvolvimento da dogmática tributária, surgiram as correntes classificatórias quadripartites até se chegar à atual, predominante, quadripartite ou quinquipartite⁷, que, em essência, representam a mesma coisa, uma vez que os tributos são arrolados como sendo os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, o empréstimo compulsório e as contribuições parafiscais ditas sociais, o que representaria a classificação quadripartite. Na visão quinquipartite, as contribuições sociais ou parafiscais, que, na quadripartite, estão incluídas no grupo das sociais ou parafiscais tão-somente, constituiriam, por mero capricho de classificação, até

-
- 5 No Brasil, a classificação bipartite (impostos e taxas) é liderada por Alfredo Augusto Becker e Pontes de Miranda (NEVES, Luís Fernando de Souza. *COFINS: Contribuição social sobre o faturamento – LC 70/91*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 59) e, ainda, encontra respaldo em Américo L. Masset Lacombe, Antônio Sampaio Dória, Alberto Xavier, José Roberto Vieira, Elisabeth Nazar Carrazza, Roberto Catalano Botelho Ferraz, Heron Arzua, Ramiro Heise, Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., Régis F. de Oliveira e Estevão Horvath, que “sustentam, por exemplo, que as contribuições especiais não são espécies tributárias autônomas porque podem ser reduzidas ora aos impostos, ora às taxas” (FISCHER, Octávio Campos. *A contribuição ao PIS*, p. 71).
- 6 “Outra corrente, chamada tripartite, que aponta entre seus seguidores Rubens Gomes de Souza, Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Roque Carrazza, Sacha Calmon, Misabel Derzi e no exterior Giannini e Micheli, entre outros, defende que as espécies de tributos são três: impostos, taxas e contribuições.” (NEVES, Luís Fernando de Souza Neves. *COFINS: Contribuição social sobre o faturamento – LC 70/91*, p. 59). Como se verá adiante, um equívoco consta do rol apresentado pelo autor, já que, reconhecidamente, Misabel Abreu Machado Derzi, atualmente, sustenta, com nitidez, o caráter tributário das contribuições sociais ou especiais/parafiscais, paralelamente às contribuições de melhoria, tendo sido, a jurista, uma das primeiras a sustentar uma tal interpretação da Constituição Federal, abarcando, no rol dos tributos, as figuras previstas nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal.
- 7 Na corrente tripartite, quando se usava o termo “contribuições”, as contribuições sociais poderiam ser consideradas insertas, ainda que as mais representativas da espécie tributária fossem as contribuições de melhoria. É o que, por exemplo, Octávio Campos Fischer entendeu ao lecionar: “Outros, a exemplo de Hugo de Brito Machado, Celso Ribeiro Bastos, Cláudio Santos, Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, José Eduardo Soares de Melo, Luciano Amaro, Zelmo Denari, Célio de Freitas Batalha e Bernardo Ribeiro de Moraes, sustentam que as contribuições especiais são espécies autônomas e distintas dos impostos, das taxas e da contribuição de melhoria, basicamente, porque têm no elemento ‘destinação’ a sua peculiar característica, como diz Marçal Justen Filho.” Prossegue o autor mencionado que “uma nova safra de autores (...) seguindo os passos da doutrina de Geraldo Ataliba, entendem que, ao lado dos impostos e das taxas, estão as contribuições, dentre as quais a contribuição de melhoria é a espécie mais típica. Esta é a linha de pensamento que parece ter sido seguida por Rubens Gomes de Souza, Souto Maior Borges e Marçal Justen Filho, quando da ordem jurídica anterior, e, agora, por Misabel Derzi, Diva Malerbi, Sacha Calmon Navarro Coêlho, Susy Gomes Hoffmann e Luís Fernando de Souza Neves.” (*A contribuição ao PIS*, pp. 71-72).

porque uma tal especial classificação nada altera o ordenamento jurídico, uma quinta espécie de tributos, ainda que, genericamente, como faz a visão quadripartite, possam ser tratadas como contribuições sociais ou parafiscais ao lado das contribuições corporativas e de intervenção no domínio econômico.

O que, em síntese, as classificações tributárias representam é um esforço, com algum respaldo nas legislações que se seguiram no tempo, de enquadrar as contribuições parafiscais, ditas sociais, no rol das espécies do gênero de tributo, o que, hoje em dia, é assunto pacificado no seio jurisprudencial, conforme se constata em inúmeros posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, que, por exemplo, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) de nº 138.284/CE, em linha com as manifestações do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso⁸, assim vem entendendo, de forma bastante didática:

“As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4) são as seguintes: a) os impostos (CF, arts. 145, I, 153, 154, 155 e 156); b) as taxas (CF, art. 145, II); c) as contribuições, que podem ser assim classificadas: c.1) de melhoria (CF, art. 145, III); c.2) parafiscais (CF, art. 149), que são: c.2.1) sociais, c.2.1.1) de seguridade social (CF, art. 195, I, II, III), c.2.1.2) outras de seguridade social (CF, art. 195, § 4º), c.2.1.3) sociais gerais (o FGTS, o salário-educação, CF, art. 212, § 5º, contribuições para o Sesi, Senai, Senac; CF, art. 240); c.3) especiais: c.3.1) de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2) corporativas (CF, art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária: d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148).”

Portanto, não restam dúvidas de que, para efeitos práticos, a consideração das ditas contribuições sociais ou parafiscais⁹ como tributos não merece mais discussões que não, por óbvio, as essencialmente cerebrinas. Pela classificação tributária acima, constata-se, sem tergiversação, que a contribuição ao FGTS, ao menos de quem é responsável por sua prestação, ou seja, o empregador, é uma contribuição social dita “geral”, de evidente natureza parafiscal.

Esse é o contexto que deve ser levado em consideração para embasar todas as considerações a respeito das chamadas contribuições sociais ou

8 *Apud* TROIANELLI, Gabriel Lacerda. *As contribuições incidentes sobre o faturamento e a não-incidência prevista no artigo 153, § 3º, da Constituição Federal*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais de Direito Tributário*. 2. vol. São Paulo: Dialética, 1998, p. 111.

9 Conforme restará demonstrado, é preferível, até, que as contribuições sociais sejam denominadas de, simplesmente, “parafiscais”, em razão de, adotando o qualificativo de “parafiscais”, poder-se, implicitamente, invocar todo o sistema doutrinário e normativo que rege a parafiscalidade.

parafiscais. Todavia, como se observará, constituem-se, tais contribuições, espécies específicas de tributos, uma vez que a elas – embora apenas alguns dispositivos constitucionais do regime próprio tributário destinado a impostos, taxas e contribuições de melhoria sejam destinados¹⁰ – se aplica a construção do que veio a ser considerado como a teoria ou o sistema da parafiscalidade, quase que denotando que dois regimes diversos – um tributário, aqui denominado por “topográfico” (advindo do art. 145, incisos I, II e III, da Constituição Federal), e um outro, da parafiscalidade, entendido como um *plus* ao “tributário topográfico”, aglutinados em um só, de cunho ainda tributário, já que não excludente da definição do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) – incidem sobre as contribuições sociais ou parafiscais.

Assim é que a análise das contribuições sociais ou parafiscais como tendo natureza tributária serve de intróito à consideração, no que vai desempenhar papel relevantíssimo para a identificação do prazo prescricional que, sob uma tal vertente tributária, deveria ser levada em consideração para o trato do FGTS.

2.1.1. O Conjunto “Referibilidade Indireta e o Elemento Intermediário” dos Tributos Vinculados como Primeiro Critério Distintivo das Contribuições Sociais ou Parafiscais no Sistema Tributário – o Risco Social e a Futuridade

Por terem natureza tributária, as contribuições sociais ou parafiscais revestem-se, assim como outras figuras o fazem, da teoria, ainda atual, de Geraldo Ataliba, segundo a qual os tributos poderiam ser divididos entre os vinculados e os não vinculados¹¹. É bem verdade que, após a Constituição Federal de 1988, muito se discute, até mesmo em razão da proeminência de um sistema de parafiscalidade, que não deixa de ser tributário (mas é um *plus* ao sistema tributário tal como concebido, aqui considerado “topográfico”), se a doutrina de Geraldo Ataliba valeria nos dias atuais, mormente para explicar a parafiscalidade acoplada às contribuições sociais e às posturas do Estado intervencionista na determinação da proteção da coletividade. A contestação à doutrina do saudoso Professor não tem razão de ser. A classificação tributária pensada é pedra de toque ou o marco inicial a partir do qual se sustentaram juristas brasileiros no estudo das espécies tributárias. Antes da Constituição

10 Do regime dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, aplicam-se, por força do art. 149 da Constituição Federal, os arts. 146, inciso III; e 150, incisos I e III, às contribuições sociais ou parafiscais.

11 *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, *passim*.

Federal de 1988, quando já existiam estudos a respeito da parafiscalidade e das ações do Estado Social, nunca se chegou a menosprezar a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados.

Após a Constituição Federal de 1988, igualmente a classificação de Geraldo Ataliba permanece firme e sólida, apenas requerendo, para interpretação de certos institutos, novas considerações advindas do fato de a teoria da parafiscalidade ter se fixado positivamente no ordenamento jurídico constitucional. A divisão entre tributos vinculados e não vinculados parte da premissa de que, sendo o tributo, em suma, uma prestação compulsória imposta mediante atividade administrativa plenamente vinculada, alguma atividade estatal estará sempre sendo cogitada.

Dessa forma, o tributo vinculado é aquele cujo critério material, ou seja, o núcleo da descrição do suposto fático tributário¹² pela norma, composto de um verbo e de um complemento, a fim de descrever um comportamento, consiste em uma atividade estatal¹³, sempre considerada, relacionada indireta ou diretamente ao contribuinte, como se dá nos casos das contribuições de melhoria, nas taxas e nas contribuições sociais ou parafiscais.

Nos tributos vinculados, basta a ocorrência, no caso das taxas, da atuação estatal componente do aspecto material ou do critério material da hipótese de incidência para surtir os efeitos jurídicos pretendidos pela norma tributária. Nesse sentido, para as taxas, a referibilidade, que liga a atuação estatal a um comportamento (verbo + complemento) do contribuinte, é direta. Por sua vez, no caso das contribuições de modo geral, abarcando, assim, a contribuição de melhoria e as contribuições sociais ou parafiscais, entre as quais a contribuição ao FGTS, a atuação estatal, por si só, não gera as conseqüências normativas se não pela existência de um fato, circunstância ou elemento intermediário que serve como ponte de ligação entre a atuação estatal e o contribuinte. Nos tributos não vinculados, como são os impostos, não há atividade estatal, pura e simplesmente relacionada, ainda que indiretamente, ao contribuinte, até porque

12 O professor Paulo de Barros Carvalho denomina de “suposto fático tributário” ou “hipótese de incidência”, como a figura veio a ser mais conhecida, o fato hipoteticamente descrito na norma (como estrutura deontica, de “dever ser” imaginária) como passível de, ocorrendo no mundo fenomênico, fazer-se subsumir à proposição tratada na norma e, assim, gerar efeitos jurídicos na realidade. Quando o suposto fático se perfaz na realidade a ponto de, automaticamente, a norma tributária a ele se acoplar inevitavelmente, tem-se realizado, então, o “fato jurídico tributário” (*Teoria da norma tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 123).

13 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, p. 146.

o fato de alguém ter obtido renda em uma transação imobiliária não se relaciona diretamente com os gastos do Estado no setor rodoviário, por exemplo.

No caso das contribuições de melhoria, e a pacificidade do entendimento é inconteste, o elemento intermediário residiria na valorização do imóvel, na mais-valia do bem em razão de uma determinada atuação estatal, benéfica. No caso das contribuições sociais ou parafiscais, entre as quais se encontram as “contribuições sociais gerais”, de que é espécie a contribuição ao FGTS, o elemento intermediário entre a atuação estatal e a sujeição do contribuinte (no caso, o empregador) é o que, com efeito, há de mais importante para o cabal entendimento da identidade própria dessas contribuições no universo jurídico tributário, só sendo facilmente compreensível se entendida a moderna atuação do Estado Social.

O Estado Social é, ainda, intervencionista e preocupado com a condução das políticas sociais. Desde os seus primórdios, com a ordem mundial surgida, ainda na época da Primeira Guerra Mundial, com o Tratado de Versalhes e, tempos depois, com a constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a Constituição do México de 1917 e com a Constituição alemã de Weimar de 1919 o Estado assumiu, para si, a responsabilidade no financiamento do desenvolvimento social, no financiamento de toda a coletividade e do bem-estar de todos os cidadãos, mediante o respeito a certos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito e erigidos à égide constitucional.

No Brasil, assim como na maior parte dos países ditos civilizados, predomina a feição de o Estado ser social. Não é à toa, por exemplo, que a Constituição Federal inscreveu em seu art. 3º como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); a garantia ao desenvolvimento nacional (inciso II); a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III); a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV), além de, no art. 1º, indicar os fundamentos do Estado, dos quais se destacam a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).

Na previsão das ferramentas jurídicas para fazer valer o desiderato dos primeiros artigos constitucionais, a Constituição Federal, no Título VIII (“Da Ordem Social”), estabeleceu, no art. 193, que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais e, já no Capítulo II (“Da Seguridade Social”), tratou, no art. 194, parágrafo único, de estabelecer que compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a

Seguridade Social (composta das áreas de Saúde, Previdência Social e Assistência Social – art. 194, *caput*) com base nos objetivos da universalidade da cobertura e do atendimento (inciso I); da uniformidade e da equivalência dos benefícios às populações urbanas e rurais (inciso II); da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III); da irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso IV); da equidade na forma de participação no custeio (inciso V); da ampla diversidade na base de financiamento (inciso VI); e do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Referindo-se, expressamente, ao sistema da Seguridade Social, a Constituição Federal, no art. 195, *caput*, estabeleceu que o sistema será financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, corroborando a solidariedade que deve permear a universalidade na consideração dos contribuintes eleitos validamente para o custeio.

A solidariedade, que denota ser o Estado efetivamente social, insculpida em tantos dispositivos constitucionais, se inspira naquele desiderato de cada indivíduo, o que é inerente à condição de ser humano e à necessidade de convívio em sociedade, de se livrar do pânico do *estado de necessidade*, ou seja, de passar por aquelas situações em que não se consegue obter as condições mínimas para garantir a *proteção contra os riscos que a vida oferece*, como, eventualmente, a perda do necessário ao próprio sustento – representado no salário, no advento da velhice, no acontecimento do sinistro no trabalho, na perda do posto de trabalho, no aparecimento de uma doença, na própria morte etc. – e ao amparo da família, com dignidade, em *situações emergenciais e periclitantes*, que podem vir a ocorrer no futuro.

Como o desejo é próprio de cada indivíduo, fornecendo a força à sociedade organizada, a solidariedade supõe a previsão de proteção de todo o indivíduo, sob pena de, quando uma pessoa não se consegue amparar, *toda a coletividade estar sendo marcada pela perda do potencial solidário do grupo*, o que faz com que não sejam toleradas condições de vida que não garantam, a cada um, o atendimento às necessidades básicas. Ainda que determinado indivíduo nunca *venha a correr situação de periclitamento de suas condições de vida*, contribui ele para o todo em razão de a vida ser um conjunto de eventos imponderáveis, que nutre, em todos, o temor do advento de situações drásticas de vida digna, que agridem o sustento de cada um.

É este temor que se denominaria de *risco social*, conceituado, nas lições de Feijó Coimbra, como o “o evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado. A legislação social desde logo se voltou para a proteção

de determinadas espécies de riscos, cuja ocorrência traria desfalque patrimonial ao conjunto familiar do trabalhador, ou seja, a morte do segurado ou a perda de renda deste, por motivo de incapacidade laborativa, decorrente de doença, acidente ou velhice. Contudo, o leque das atividades de amparo do Estado tornou-se mais amplo e abrangente, em breve, certos eventos de que o seguro privado não cogitara, convencionando-se denominar seu conjunto de *riscos sociais*. Até mesmo acontecimentos que, por sua índole, dificilmente poderiam ser assim qualificados, tais como o casamento, o nascimento de filhos e outros, foram incluídos no elenco desses riscos, tendo em vista as conseqüências que determinam na economia frágil do trabalhador. Desse modo, no conjunto dos riscos visados pelas medidas protetoras do Estado, passaram a integrar-se: *os riscos derivados do meio físico, os oriundos de deficiências orgânicas* do segurado e *os decorrentes da flutuação da economia*¹⁴. É a possibilidade de a coletividade se desarmar em razão da periclitacão da vida de um determinado indivíduo que a faz se tornar solidária e, assim, podendo impor, ao Estado, a busca incessante por aqueles valores tão próprios da sociedade e erigidos ao âmbito constitucional.

O risco social é que constitui, moldando-se a figura do Estado Social à doutrina de Geraldo Ataliba, o elemento intermediário que liga uma atuação estatal à sujeição de determinado contribuinte. Enfim, é a especial propensão de determinada atividade do contribuinte *poder desencadear* os mecanismos previstos pelo Estado para a proteção dos cidadãos contra os riscos sociais que faz existir, nas contribuições sociais ou parafiscais, o elemento intermediário do risco, o que, aliás, é elemento inerente aos seguros privados e somente compreensível no seguro público advindo do Estado Social intervencionista na condução, como dito, das políticas sociais.

A possibilidade de uma determinada atividade do contribuinte *poder desencadear* a movimentação estatal de combate aos riscos sociais amolda-se à noção de *futuridade*. Vale dizer, pelo fato de o contribuinte poder gerar (e pode ser que não gere) a movimentação da máquina estatal em razão de sua atividade (no trabalho, o risco de sofrer acidente e de ser despedido; na vida, a presença constante da morte a prejudicar os dependentes; no decurso do tempo, a perda da habilidade para certo trabalho; na perda do emprego, o não

14 No mesmo sentido, Terezinha Sueli Sá de Souza Gaia, que indica que “na área social, por exemplo, todos os estados desenvolvem sistemas de proteção social, de menor ou maior abrangência, seja em relação aos sujeitos tutelados ou às prestações concedidas” (Contribuições Especiais e a Seguridade Social Brasileira. *Tributação em revista*. Brasília: Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal – Unafisco Sindical, ano 9, n. 35, jan./mar., 2001, p. 28).

recebimento do necessário ao sustento etc.), remete, quando de sua sujeição à tributação pelas contribuições sociais ou parafiscais, a resposta do Estado, contra os riscos sociais, *ao futuro*, a um momento posterior àquele da efetivação da atividade.

Portanto, essenciais às contribuições sociais ou parafiscais os elementos do *risco social* e da *futuridade*.

Nesse sentido, a atividade estatal consistente em desempenhar as tarefas em prol da proteção da sociedade contra os infortúnios periclitativos da vida ou das condições de sobrevivência liga-se ao contribuinte em razão de determinada atividade privada por ele desenvolvida poder gerar *riscos* que *podem, no futuro*, requerer a intervenção pública solidária. Eis, assim, a referibilidade indireta causada pela concepção de riscos sociais e de futuridade que estão presentes como elementos intermediários dos tributos vinculados do tipo contribuições sociais ou parafiscais.

Por oportuno, resta asseverar que a doutrina, vez por outra, apresenta facetas novas quanto ao problema. Esse é o caso, por exemplo, do posicionamento sustentado por Marco Aurélio Greco no sentido de que, para as contribuições sociais ou parafiscais, assim como seria para o outro tipo de tributo vinculado a uma atividade estatal, que é a taxa, a referibilidade seria direta e não indireta, uma vez que “a atuação da seguridade, ou da intervenção, volta-se ao grupo como um todo e, sendo todos parte desse grupo, a atuação lhes é diretamente referida”¹⁵.

Muito embora se consiga extrair uma certa dose de valorização ao conceito de solidariedade que impregna o sistema da parafiscalidade, não se pode, só por tal motivo, desconsiderar o fato de que a hipótese de incidência tributária, quando atinge um específico suposto fático, o faz em certo e determinado fato fenomênico, que sujeita o contribuinte, aquele também certo e determinado, às conseqüências normativas. As contribuições não sujeitam o grupo social às conseqüências. A figura da solidariedade e, por conseqüência, o grupo social, como elementos componentes do sistema da parafiscalidade, apenas informa que aquele concreto contribuinte, vivenciando um delimitado fato fenomênico que se amolda, à perfeição, à descrição normativa proposta pela hipótese de incidência, não se furte às conseqüências tributárias, por ser ele integrante do universo ao qual a Constituição Federal impõe, validamente, o custeio da proteção social.

15 *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 243.

2.1.2. A “Parafiscalidade Necessária” como Segundo Critério Distintivo das Contribuições Sociais ou Parafiscais no Sistema Tributário

Foi Misabel de Abreu Machado Derzi quem cunhou a expressão “parafiscalidade necessária”¹⁶ ao se referir a todo o cabedal de institutos que, como um verdadeiro amálgama ao regime tributário específico das contribuições sociais ou parafiscais as fariam tão hábeis a sustentar a atuação do Estado social em prol do atendimento das necessidades da sociedade e da busca das finalidades a que se presta no contexto constitucional, ao invés de perquirir as causas que motivaram o aparecimento daquelas finalidades¹⁷.

Mais do que qualquer outro tributo, conforme alhures já se ventilou, as contribuições representam verdadeiros “instrumentos de atuação”¹⁸ do Estado na persecução de seus fins contra a caracterização ou mitigação do *risco social futuro*.

Dáí porque a atuação estatal, na classificação de tributos vinculados, é bem mais marcante para as contribuições sociais ou parafiscais, pois inserida em um contexto em que a sociedade organizada clama pelo Estado, com fundamento maior na solidariedade e na proteção contra os riscos que podem acometer qualquer indivíduo no futuro, decorrentes, por exemplo, da perda do posto de trabalho¹⁹.

Assim, com o aparato normativo que informa o sistema, a Constituição Federal criou *tributos finalisticamente afetados*²⁰ aos fins a que se propõe o

16 *Contribuições sociais*. “Caderno de Pesquisas Tributárias”, n. 17 – Tema: Contribuições Sociais. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1992, p. 120.

17 GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*, p. 101.

18 *Idem, ibidem*, p. 135.

19 Sobre a própria idéia de futuro para o qual se dirigem as contribuições sociais ou parafiscais, entre as quais as “contribuições sociais gerais” do tipo do FGTS, interessante consignar o que Marco Aurélio Greco asseverou: “(...) a idéia de causa não é a idéia formadora da contribuição. A idéia informadora é a idéia de fim, de resultado, de objetivo. Ora, fim, resultado ou objetivo é evento futuro, não evento passado. Daí o desafio de elaborar modelos considerando o futuro. Trata-se de um grande desafio, porque só sabendo como raciocinar em função do futuro é que será possível explicar estas figuras. (...) Em última análise, a realidade deixou de ser uma realidade posta, para ser uma realidade ‘a ser posta’, uma realidade ‘a ser construída’. Algo a se conseguir, a ser feito, algo por fazer. Em função disso, a preocupação passou a ser o futuro, ou seja, algo que ainda não existe.” (*Contribuições (uma figura “sui generis”)*), p. 38).

20 Segundo Misabel Abreu Machado Derzi, em comentários à parafiscalidade de BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Ed. rev. e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional 10/1996, por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 598.

Estado Social, em que a finalidade, diversamente dos outros tributos, é que dá o tom de qualificação jurídica constitucionalmente relevante a tais espécies²¹.

Se, na conjuntura em que posto o CTN, o art. 4º, inciso II reza que seria irrelevante, para qualificar o tributo, a destinação legal do produto da sua arrecadação, tal concepção, diante da moderna estrutura do sistema tributário, revela-se, para as contribuições sociais ditas gerais, como é o caso do hibridismo do FGTS, ultrapassada, para não dizer inconstitucional.

Portanto, para as contribuições sociais ou parafiscais, inaplicável o art. 4º, inciso II, do CTN, em razão de as contribuições previstas no art. 149 da Constituição Federal serem pagas “para que” certas finalidades sejam atendidas, entre as quais o “cobrimento” de indenização a ser paga ao trabalhador despedido sem justa causa ou de forma arbitrária, garantindo-lhe sustentação financeira futura, ainda que incompleta, e para o financiamento de programas sociais, como, no FGTS é evidente, de habitação, de infra-estrutura urbana e de saneamento básico (arts. 7º, inciso I, da Constituição Federal; 10, inciso I, do ADCT; e 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/90).

Aliás, nesse ponto, é preciso consignar que a própria conceituação do termo “parafiscalidade”, pinçada nas clássicas lições de Jean-Guy Mérigot, envolvia um critério distintivo do sistema, diverso do que havia para a comum fiscalidade, que era o da não contabilização, da arrecadação advinda das contribuições sociais ou parafiscais, no orçamento do Tesouro²². O segundo critério indicado pelo autor, na conceituação da parafiscalidade, seria a finalidade acima exposta, no sentido de que “as receitas parafiscais são receitas de aplicação especial”, ou seja, na “contribuição social geral”, como é o caso da contribuição patronal ao FGTS, para atender às finalidades inscritas no disposto nos arts. 7º, inciso I, da Constituição Federal; 10, inciso I, do ADCT; e 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/90, isto é, para possibilitar o pagamento da indenização a ser paga ao trabalhador despedido sem justa causa ou de forma arbitrária, garantindo-lhe sustentação financeira no futuro, ainda que incompleta, e para possibilitar o financiamento de programas sociais, como os de habitação, de infra-estrutura urbana e de saneamento básico, sob pena de, assim não sendo,

21 É de Roque Carrazza a observação, ainda que admitindo a classificação tripartite dos tributos, de que “as ‘contribuições’ referidas no art. 149 e seu parágrafo único da Constituição são *tributos* (impostos, taxas ou contribuição de melhoria), *qualificados* por sua *finalidade*” (*apud* MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 88).

22 *Elementos de uma teoria da parafiscalidade*. Trad. Guilherme Augusto dos Anjos. “Revista de Direito Administrativo”, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953, p. 59.

eivar-se de inconstitucionalidade a norma instituidora da pretensa contribuição social ou parafiscal²³.

Eis, assim, um panorama do contexto, formado pela conjunção da consideração do risco social e da futuridade como elementos intermediários dos tributos vinculados “contribuições sociais ou parafiscais”, bem como também formado da submissão da espécie tributária a uma “parafiscalidade necessária”, característica inata à *contribuição social geral* de responsabilidade dos empregadores e destinada ao FGTS. Eis, então, a demonstração jurídica – surpreendentemente encoberta ou não enfrentada com rigor por parte da doutrina que defende tal natureza tributária da contribuição ao FGTS – da natureza tributária parafiscal da contribuição patronal ao FGTS²⁴.

2.2. O Enquadramento Jurídico do Direito Social Trabalhista – A Perspectiva Obreira

O hibridismo da natureza jurídica do FGTS, sob a perspectiva do trabalhador, já encontra mais consenso e é, até, de fácil constatação. Talvez por essa razão – por não querer se estudar a natureza tributária parafiscal inerente ao FGTS do ponto de vista patronal – tenha sido mais fácil a divulgação da tese, mais simples, de que o FGTS constituiria, única e exclusivamente, um salário diferido, um crédito ou uma “poupança forçada” social que o trabalhador vai amealhando ao longo do tempo e mediante os depósitos (contribuição) que o empregador lhe promove em conta específica e vinculada, com vistas a ter uma compensação futura caso seja, sem justa causa ou de forma arbitrária, privado de seu sustento e de sua família pelo risco social da despedida, da extinção do contrato individual de trabalho.

23 José Eduardo Soares de Melo bem sintetiza o exposto ao entender que “está demonstrado que a questão é preñhe de controvérsias, não podendo aceitar-se, de forma absoluta, a regra inserta no inciso II do art. 4º do CTN. Além de esse preceito legal não encontrar fundamento de validade no texto constitucional, as contribuições possuem uma característica especial, uma situação sobremodo peculiar como requisito de sua validade, qual seja, a vinculação de sua receita à seguridade social, em orçamento próprio.” (*Contribuições sociais no sistema tributário*, p. 38).

24 Como, aliás, parece ser a tônica da doutrina especializada. Por todos, PIRES, Adilson Rodrigues. *As Contribuições Sociais no Sistema Tributário Brasileiro*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET), 2003, p. 29; MELLO, Antônio Carlos de Martins. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET), 2003, p. 93; e MATTOS, Aroldo Gomes de. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET), 2003, p. 104.

Em benefício da ênfase, frise-se que a nota da *futuridade do gozo de uma indenização pelo trabalhador*²⁵, proporcional ao tempo de serviço e ao salário do trabalhador, bem como a nota de o montante que compõe o FGTS se destinar, constitucionalmente, à *proteção social esperada para compensar, o quanto possível, o advento do risco social que impregna a despedida sem justa causa ou arbitrária*, só podem ser bem compreendidas, nessa concepção da complexidade híbrida do FGTS, se bem incorporada e evidenciada a natureza tributária parafiscal que se origina no financiamento do FGTS, pela contribuição mensal, parafiscal, de 8% (oito por cento)²⁶, bancada pelos em-

25 A indenização devida nos termos dos arts. 7º, inciso I, da Constituição Federal; e 10, inciso I, do ADCT, não pode se confundir e explicar a natureza jurídica do FGTS (e daí o grande equívoco da “teoria da indenização”, que explicaria a natureza jurídica do FGTS como tendo mantido, em sua inteireza, a feição que o fundo tinha, antes de 1988, como um substituto das indenizações de antigüidade do empregado versadas no art. 492 da CLT), uma vez que a indenização correspondente à multa de 40% do saldo depositado na conta vinculada constitui apenas uma das consequências do regime fundiário (mas não a única), até porque os depósitos patronais também financiam programas sociais de habitação, de infra-estrutura urbana e de saneamento básico, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/1990 (“Lei do FGTS”). Não se entende, portanto, como o produto da arrecadação do FGTS não possa ser considerado constituinte de uma receita pública na concepção de alguns, a ponto de, por essa razão, não poder ser tipificado como de natureza tributária. A bem da verdade, o ordenamento jurídico tributário brasileiro convive, até, com inconstitucionalidades palmares que nunca tiveram o condão de afetar a natureza jurídica de certas exações. Veja-se, por exemplo, que, muito embora declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal a forma como imposta a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) pela Lei nº 7.689/1989, o produto de sua arrecadação era fiscalizado pela Secretaria da Receita Federal (já que, na prática, a CSLL é típico adicional do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ) e compõe, supreendentemente, o orçamento da União, muito embora devesse, por ser uma típica contribuição social de financiamento do sistema da Seguridade Social, amoldada que está aos ditames dos arts. 154, inciso I; e 195, § 4º, da Constituição Federal, ser fiscalizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para compor o orçamento próprio da Seguridade Social nos termos do art. 195, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, que não se mistura com o orçamento da União exatamente porque precisa atender aos anseios dos objetivos inscritos nos incisos I a VII do parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal, dos quais, talvez o mais importante, seja o da equidade na forma de participação no custeio (inciso V).

26 “Quando do advento da CLT, o tempo de serviço do empregado era garantido pela possibilidade de adquirir a estabilidade no emprego, desde que completasse dez anos de serviços para o mesmo empregador, nos termos do art. 492 da CLT. A par disso, se dispensado antes de implementar o prazo de prescrição aquisitiva, o tempo era garantido pela indenização por antigüidade, equivalente a um mês da maior remuneração por ano de serviço ou fração superior a seis meses (CLT, art. 478).

Com o advento da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que instituiu o FGTS, o tempo de serviço do empregado passou a ser garantido também por um fundo. Até 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a atual Constituição Federal, havia a dualidade de regimes: o da estabilidade decenal, considerado o compulsório, e o do FGTS, considerado opcional. Na prática, o sistema opcional do FGTS tornou-se o ‘oficial’, porque os empregadores tinham mesmo de efetuar o depósito para todos os empregados, inclusive os não-optantes. Note-se que o percentual de 8% ao mês decorre diretamente da indenização prevista no art. 478 da CLT – um mês de salário por ano –, pois um salário integral (100%) dividido pelos meses do ano (12) resulta no percentual mensal de 8,333%. Assim, se o empregador depositar 8% por mês da remuneração do empregado, ao final de 12 meses terá o valor equivalente a uma remuneração integral.” (RAMOS, Alexandre. *Contrato temporário de trabalho: combate ao desemprego ou redução forçada do custo da força de trabalho?* São Paulo: LTr, 1999, p. 113).

pregadores enquanto vigente o contrato individual de trabalho que se espera, na principiologia do Direito do Trabalho, reger a relação jurídica privada empregatícia por tempo ou prazo indeterminado.

Seja como for, o fato é que, segundo o disposto no art. 7º, inciso III, da Constituição Federal, não se pode, também, ter dúvidas de que o FGTS foi considerado direito social trabalhista, um *direito subjetivo* do trabalhador a ser exigido como um crédito trabalhista no futuro. Como defende Jether Gomes Aliseda, no ponto com acerto inegável, “que o titular é o obreiro, trabalhador, empregado. Entretanto, o questionamento de que a utilização dos valores depositados será posterior ou após preencher os requisitos legais é irrelevante, porque sempre será o obreiro o titular dos depósitos, hoje ou no futuro”²⁷.

Na perspectiva do trabalhador, portanto, como não poderia deixar de ser, o FGTS tem natureza jurídica preponderantemente trabalhista. Não sem razão, a própria Constituição Federal, por seu art. 7º, inciso III, arrolou o FGTS como um direito social e, portanto, fundamental dos trabalhadores.

3 – A QUESTÃO DOS CONFLITOS PRESCRICIONAIS

A própria natureza híbrida do FGTS alimenta o caos da sistematização de diversas normas que dispõem a respeito de prazos prescricionais.

De um lado, os depósitos ao FGTS só podem ser cobrados, como deveres jurídicos do empregador, enquanto considerados como *contribuições sociais gerais de natureza parafiscal*. De outro lado, alguns dos fins a que se prestam os depósitos do FGTS (o da indenização diante da despedida sem justa causa ou arbitrária e os que estão dispostos no rol de utilizações possíveis e futuras do trabalhador arrolados nos incisos I a XVI do art. 20 da Lei nº 8.036/90, entre os quais os de financiamento habitacional e os de fazer frente às agruras de certas doenças ou por idade, sem se mencionar, ainda, obviamente, a aplicação dos recursos do FGTS em habitação, infra-estrutura urbana e saneamento básico segundo o art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/90) só podem ser cobrados, como direitos subjetivos dos trabalhadores, enquanto considerados como *direitos sociais e fundamentais trabalhistas*.

Diante dessas circunstâncias, é lógico considerar que, para o trabalhador, seu crédito trabalhista deve reger-se, *no máximo*, em termos de prazos prescricionais, pelo prazo prescricional bienal e quinquenal disposto nos arts.

27 *Estabilidade e garantia de emprego: uma visão crítica*. São Paulo: LTr, 2001, p. 98.

7º, inciso XXIX, da Constituição Federal; e 11, inciso I, da CLT, se não for para considerar, desde logo, em razão da aplicação da *norma mais benéfica*, a aplicabilidade do prazo prescricional trintenário ao qual se refere o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90.

E é lógico considerar que, para o empregador, *no mínimo*, o prazo prescricional quinquenal do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal é que deveria ser aplicado. É que, para que os institutos jurídicos possam ser examinados em razão de sua verdadeira natureza (o FGTS como uma contribuição social geral sujeita a um regime especial de parafiscalidade), a obrigatoriedade de pagamento dos depósitos mensais constitui a natureza tributária da imposição, inserida no grupo de contribuições versado no art. 149 da Constituição Federal. Nesse sentido, o prazo prescricional deveria ser aquele previsto no art. 174, *caput*, do CTN, ou seja, o quinquenal, curiosamente o mesmo da prescrição parcial quinquenal prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal (e daí a expressão “*no mínimo*”). A especialidade e a hierarquia do CTN tornariam impertinente o trato de prazo prescricional trintenário pela Lei nº 8.036/90. No máximo, se admitiria para o empregador, mas por *analogia*, que é um método de integração do sistema, o prazo prescricional decenal de que trata o art. 46 da Lei nº 8.212/91, pela similitude da contribuição social geral parafiscal do FGTS com as contribuições sociais parafiscais de financiamento do sistema de Seguridade Social previstas no art. 195, incisos I a IV, da Constituição Federal, cujo custeio é regrado pela Lei nº 8.212/91.

3.1. A Consistência do Sistema Jurídico e as Regras de Estrutura/ Calibração

O hibridismo da natureza jurídica do FGTS suscita, portanto, antinomias no ordenamento jurídico, que não convém a um sistema que se pretende coeso e *consistente*. Sabe-se que o trabalho do jurista, ao construir o seu sistema jurídico na tentativa de explicar o seu objeto, o direito positivo, enfrenta, basicamente, quatro problemas. O primeiro é o referente ao debate quanto à unidade do sistema, ou seja, de como ordenar as normas que se encontram em desordem no sistema (quer pelo princípio da “infra-supra ordenação” de validade inerente à teoria da imputação de validade e de competência de uma norma por outra até se chegar ao pressuposto gnosiológico do conhecimento, a *grundnorm*, a norma fundamental de Kelsen²⁸; quer pela “ordenação positi-

28 *Teoria pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 96.

va da vontade da comunidade” de Emil Lask²⁹; quer pela lógica dialética de *Miguel Reale* em sua teoria tridimensional do direito, segundo o qual o direito é “a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência segundo uma integração normativa de fatos e valores”³⁰, apenas para destacar alguns importantes jusfilósofos entre vários outros embaixadores de um método de compreensão do sistema). O segundo é o referente à hierarquia de normas e de comunicação entre as fontes do direito. O terceiro é o referente à completude do sistema, ou seja, à solução dos problemas de lacunas que dificultam a decidibilidade no caso concreto, um dos primordiais intentos para o estudo dogmático do direito. O quarto, e que representa o destaque do presente trabalho, é o referente à *consistência*, direcionado a solver os conflitos entre as normas que compõem o sistema, ou seja, à extirpação de antinomias criadas pela dificuldade de se enfrentar a presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente³¹.

O objeto da ciência jurídica ou da ciência do direito, para a postura que ora se adota, é o estudo do direito, do direito posto, do direito positivo na concepção presente do regime de *civil law*. Portanto, a ciência do direito possui, em grande suma, uma linguagem descritiva, que se apresenta em forma de proposições jurídicas (é a linguagem dos tratados do direito, por exemplo), enquanto o direito positivo, objeto da ciência do direito, possui uma linguagem prescritiva, impositiva de condutas (nos possíveis modais deônticos, de “dever-ser”, da “proibição”, da “permissão” e da “obrigatoriedade”, a revelar condutas, para o direito, proibidas, permitidas ou obrigadas)³². Assim, a linguagem da ciência do direito é uma metalinguagem, porquanto fala a respeito de outra linguagem.

Essa noção panorâmica da distinção entre a ciência do direito e o direito enquanto objeto concretiza a impossibilidade de a linguagem do cientista do direito ter um encadeamento falho, por um discurso não fundamentado. O

29 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; São Paulo: RT, 1976, p. 127.

30 *Lições preliminares de Direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 67.

31 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 206.

32 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 143. É da Professora Maria Helena Diniz a lição segundo a qual a “ciência jurídica não produz normas, mas pode influir na evolução do direito, pois nada obsta que através dos órgãos criadores e aplicadores do direito positivo, ou da elaboração de direito novo, as teses científicas passem do descritivo para o prescritivo” (*Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 183).

cientista do direito, que é o jurista, deve prezar pela unidade da fala, pela coerência e, por fim, pela *consistência* de seu discurso. A unidade, a coerência e a consistência não são, necessariamente, objetivos da linguagem prescritiva do mundo real, fenomênico, do ordenamento jurídico positivo enquanto uma realidade cultural vivenciada necessariamente por todos enquanto integrantes de uma comunidade. É por isso que existem, no mundo do ordenamento jurídico positivo, ou seja, no mundo do direito enquanto objeto da ciência do direito, as inconstitucionalidades, a necessidade de se reconhecer os efeitos da nulidade ou da anulabilidade e a detecção dos efeitos decorrentes da invalidade normativa. Se o ordenamento jurídico fosse uno e livre de antinomias, função não teriam os intérpretes do direito, os aplicadores do direito, os advogados, os juízes.

É por isso que, em termos de FGTS e em termos de prazos prescricionais, e segundo a natureza híbrida do instituto, se constata, na linguagem prescritiva do ordenamento jurídico posto, aparentes conflitos entre, no que interessa à presente investigação, o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e o disposto no art. 174, *caput*, do CTN; ou entre o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e o disposto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal; ou entre o disposto no art. 7º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal e o disposto no art. 149 da Constituição Federal; ou entre o disposto no art. 46 da Lei nº 8.212/91 com o disposto no art. 174, *caput*, do CTN.

A linguagem prescritiva é falha e repleta de antinomias, muitas das vezes reais. A linguagem descritiva da ciência do direito é infensa a antinomias porque, na empreitada de sistematização do conhecimento jurídico, no plano abstrato do ideal imaginado pelo jurista na construção do sistema jurídico, a ciência do direito utiliza-se de *elementos de estrutura*, que ligam, da forma mais harmônica possível, os elementos (no caso, normas) conflitantes do direito positivo. Os elementos de estrutura do sistema jurídico, ou seja, as relações entre os elementos (repertório do sistema), conforme regras lógicas e que conferem coesão global ao sistema³³, formam, assim, os pilares sobre os quais o jurista, no idealismo do direito, pode descrever esse direito-objeto como um todo sistematizado. Afastar as contradições ou as antinomias jurídicas é tarefa da função hermenêutica da dogmática da ciência do direito quando enfrenta o choque ou a contradição das normas do ordenamento³⁴.

33 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 249.

34 Nesse sentido, MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 153.

Quer-se crer que, no que diz respeito às dificuldades de sistematizar os diversos prazos prescricionais que poderiam ser invocados para os problemas do FGTS, mormente entre trabalhador e empregador, se está diante de antinomias aparentes. Isso porque, felizmente, para o enfrentamento dessas antinomias, a ciência do direito dispõe de regras de estrutura ou, ainda, como são denominadas pelo Professor *Tércio Sampaio Ferraz Jr.*, “regras de calibração”³⁵ que servem de critérios e parâmetros para a solução de antinomias de normas válidas³⁶ no ordenamento jurídico.

As regras de calibração, estruturantes do sistema para os fins de sua consistência, têm função operacional e, no que diz respeito ao âmbito do direito interno, como é o caso, podem ser identificadas nos seguintes critérios de solução de problemas: (i) o hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*); (ii) o cronológico (*lex posterior derogat legi priori*); e (iii) o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*)³⁷.

O critério hierárquico, no entender que aqui se adota, não é suficiente para a solução em prol da harmonização dos diversos prazos prescricionais aplicáveis ao FGTS. A uma, porque, a ferro e fogo, o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, que versa o prazo prescricional trintenário, teria que ser, sob a perspectiva obreira, considerado inconstitucional³⁸, porque incompatível, ainda na ótica trabalhista, com os prazos prescricionais aplicáveis aos créditos e direitos trabalhistas, tal como disposto nos prazos bienal e quinquenal do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. De mais a mais, o critério hierárquico não resolveria o aparente conflito entre o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 com o disposto no art. 149 da Constituição Federal, integrada pelo art. 174 do CTN. É que não se tem notícia de uma defesa mais enfática, nos dias atuais, de uma inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90. Como se sabe, a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho sedimentou a questão em prol da aplicação, ao FGTS, da prescrição trintenária,

35 *Ibidem*, p. 191.

36 Diante dos fins do estudo, não se abordará o problema central do direito que é o da “validade”. A premissa, independentemente da fonte jusfilosófica que se adote, é o de que as normas pesquisadas são válidas.

37 DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 34-41. De idêntica forma em DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 481.

38 Para salvar a sua “constitucionalidade”, quiçá apenas pela consideração e aplicação do prazo prescricional trintenário às específicas hipóteses em que o FGTS é alvo de fiscalização, autuação e imposição de multas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos do *caput* do art. 23 da Lei nº 8.036/1990, mas não, obviamente, para fundar e reger as pretensões dos trabalhadores na cobrança dos depósitos do FGTS enquanto considerado um direito social trabalhista que o protege no futuro.

desde que observado o prazo prescricional bienal total constitucional, segundo os termos da Súmula nº 362³⁹. A explicação para o porquê de um tal entendimento não se encontra no critério hierárquico.

O critério cronológico também não resolve a antinomia aparente. É que, por ele, o prazo prescricional trintenário deveria ser considerado como o correto em detrimento do critério constitucional do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. É evidente que uma razão simplista como essa não vigora porque se admitiria que o critério cronológico conflita com o critério hierárquico (caso típico em que norma posterior é infraconstitucional e a norma anterior é constitucional). A mesma razão se aplica para a consideração dos prazos prescricionais de natureza tributária em relação ao disposto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que, em nosso entender, veio posteriormente à construção do sistema jurídico criado pelo CTN, admitido, pelo novo ordenamento constitucional, como se “lei complementar” fosse, em plena validade.

O critério da especialidade padece do mesmo mal. Por ele, por ser específica, e por essa explicação, tão-somente, o prazo prescricional trintenário da Lei do FGTS deveria ser considerado como o correto em detrimento do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, o que caracterizaria um conflito entre o critério da especialidade e o critério da hierarquia.

Tudo sem contar o conflito que também decorreria entre os critérios cronológicos e o da especialidade. É que, pela especialidade, tanto o prazo prescricional trintenário, pelo argumento da lei específica que trata do FGTS (Lei nº 8.036/90), seria válido, quanto o prazo prescricional quinquenal ou decenal tributário⁴⁰, pelo argumento da especificidade da natureza parafiscal dos depósitos ao FGTS, seria válido. E seriam válidos ambos porque vistos, em pé de igualdade, tanto pela perspectiva dos empregadores, quanto pela perspectiva dos trabalhadores. Novamente, os problemas decorrem do hibridismo da natureza jurídica do FGTS.

Todos esses conflitos de regras de calibração, de regras de estrutura, são conhecidos pela doutrina da ciência do direito como antinomias de segundo

39 “362 – FGTS. PRESCRIÇÃO. NOVA REDAÇÃO. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”

40 Em detrimento do prazo prescricional trintenário, e como já se havia aventado, aplicar-se-ia ou o prazo prescricional quinquenal tributário comum previsto no art. 174 do CTN ou, quando muito, por analogia, o prazo prescricional decenal previsto no art. 46 da Lei nº 8.212/1991 para as contribuições sociais de financiamento da Seguridade Social, também de natureza parafiscal.

grau, que se visualizam nas “antinomias” entre os critérios hierárquico e cronológico, entre os critérios da especialidade e o cronológico e entre os critérios hierárquico e o da especialidade.

A doutrina indica que, no conflito entre os critérios hierárquico e cronológico, deverá prevalecer a meta-regra da *lex posterior inferiori non derogat priori superiori*, ou seja, a de que a norma posterior inferior não derroga a anterior superior, de modo que se poderia antever a supremacia do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, quando em confronto com o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90. O critério hierárquico é que prevaleceria porque “a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão no tempo”⁴¹.

Se o conflito é entre os critérios da especialidade e o cronológico, valerá o meta-critério, meta-regra de calibração, da *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo a qual a lei posterior geral não derroga a anterior especial. O critério da especialidade prevaleceria, o que nem sempre deve ser levado como infenso a situações contrárias porque nem sempre o critério da especialidade é mais sólido. Basta, para tanto, observar o disposto no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil – LICC)⁴².

Se o conflito, por sua vez, é entre os critérios hierárquicos e o da especialidade, quando há norma superior geral e outra inferior e especial (como, por exemplo, é a situação envolvendo a aparente contradição entre o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90), pode ser que vingue um ou outro critério “sem contrariar a adaptabilidade do direito”⁴³. Em relação à Súmula nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho, o que se constata é, mais uma vez, um hibridismo (motivado pela complexidade do FGTS), uma solução que tem seu fundamento tanto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal quanto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, quiçá porque se tenha percebido a dificuldade de prevalência, no conflito de regras de calibração, da hierarquia ou da especialidade.

A consistência do sistema jurídico, ideado pelo jurista para a harmonização enfim disciplinada na Súmula nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho,

41 DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, p. 50.

42 Coincidentemente no direito brasileiro, certas regras de estrutura foram incorporadas à linguagem prescritiva do ordenamento jurídico, em um fenômeno possível de sociedades analíticas na compreensão de sua realidade jurídica. Exemplo está no disposto no art. 2º, § 1º, da LICC, segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente (critério da especialidade) a matéria de que tratava a lei anterior. Ver, para tanto, a lição da Professora Maria Helena Diniz na nota 32.

43 DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, p. 50.

ainda não se explica pelos critérios acima apontados. No entendimento que ora se professa, *a consistência do sistema jurídico*, para resolver os problemas dos prazos prescricionais aplicáveis ao FGTS não está nessas meta-regras, mas, isso sim, em um fundamento maior, em uma meta-meta-regra de solução de conflitos entre regras de calibração, que é o *princípio maior da justiça*, mediante o qual, entre duas posições aparentemente incompatíveis, dever-se-á escolher a mais justa.

3.2. *A Especificidade do Direito do Trabalho – a Título de Conclusão*

Na lição da professora Maria Helena Diniz, a justiça será sempre invocável porque “os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais”⁴⁴.

Em outras oportunidades, já se sustentou⁴⁵ que o mundo que ensejou o surgimento, forte e prestigiado, do clássico Direito do Trabalho era um mundo de desenvolvimento da acumulação capitalista que necessariamente dependia, para manter a própria produção de proteção aos trabalhadores, de um sistema tutelar regrado pelo Estado. Muito embora esse mesmo mundo, hoje, já não seja o mesmo, uma vez que impregnado de um capitalismo que está se desgarrando de seu ápice desenvolvimentista, em que há uma crise estrutural⁴⁶ incentivadora de um modelo de produção não mais centrado nos padrões tayloristas e fordistas, mas em formas produtivas flexibilizadas e desregulamentadas e, ainda, de uma crescente inibição do Estado Social, atingido por uma tendência de descentralização normativa; não se deve, de toda a sorte, desconsiderar que os sustentáculos do Direito do Trabalho, concebido quando forte era o Estado, são os pilares por meio dos quais, em um novo mundo, se combate a degradação do trabalho.

Enquanto se vive em um modelo capitalista, a tônica do Direito do Trabalho, que só se explica se integrado a esse modelo, é a da, não tanto a

44 *Conflito de normas*, p. 52.

45 KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas: sistemas de combate e a tutela de representações coletivas de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2005, p. 27; e KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Por uma nova dogmática do Direito do Trabalho: implosão e perspectivas*. “Revista LTr Legislação do Trabalho” (Revista LTr 70-02). São Paulo: LTr, vol. 70, n. 2, fev.: 226-249, 2006, *passim*.

46 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Cortez; Campinas: Unicamp, 2000, p. 175.

regulação de conflitos, mas a de incentivar e propiciar a proteção ao trabalhador, segundo a principiologia que se construiu pela sua história revelada no *princípio da norma mais favorável*, específico do Direito do Trabalho porque “em nenhuma outra disciplina jurídica e em nenhum outro caso, ao menos no Brasil, admite-se a aplicação de norma inferior com desprezo da hierarquicamente superior”⁴⁷.

O princípio maior da justiça, como um meta-meta-critério de solução de conflitos entre regras de calibração para a estruturação do sistema jurídico, representa, em verdade, na disciplina do Direito do Trabalho, o conceito do princípio da norma mais favorável, de modo que, antes de qualquer invocação às regras de calibração para a solução de antinomias jurídicas, o Direito do Trabalho já dispõe de um seu princípio para tal mister, inclusive nos termos dos meandros do *caput* do art. 8º da CLT⁴⁸.

O princípio da norma mais favorável é representativo, dir-se-ia, da própria *ontologia do Direito do Trabalho*, sua razão de ser, sua gênese, e, também, da axiologia dos valores trabalhistas, enquanto sistema imposto pelo Estado, razão pela qual jamais o sistema jurídico trabalhista pode se espelhar em modelos kelsenianos, mas sim em modelos dinâmicos, autopoieticos, em que, a todo instante, a aplicação da norma mais favorável transita, livremente, desde a leitura do direito positivo, do ordenamento jurídico positivo, até as cadeias de metalinguagem de regras de calibração. Talvez em nenhuma outra disciplina da enciclopédia jurídica se tenha concretizado uma facilidade de construção do sistema jurídico em tal grau, guiada, a atividade do jurista, por uma valoração ideológica praticamente inexistente em outros campos do saber jurídico. Isso porque o ordenamento jurídico, ao prescrever condutas pelos modais da permissão, da obrigatoriedade ou da proibição, prescreve uma expectativa de comportamento⁴⁹ da sociedade normalmente esperada e que se casa, perfeita-

47 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 65. Com o mesmo entendimento, DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 177. Aliás, Mauricio Godinho Delgado, no trato do prazo prescricional do FGTS, se socorre, exatamente, do princípio da norma mais favorável para explicar a harmonização do preceito do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990 com o comando constitucional do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal (*Curso de Direito do Trabalho*, p. 270).

48 Américo Plá Rodríguez, inclusive sugere que “aún cuando no existiera tal norma aclaratoria, esta regla se aplicaría igualmente. (...) En consecuencia, cada norma sirve para mejorar pero no para empeorar la situación del trabajador, ya que si el trabajador en algún aspecto disfruta de un nivel de protección superior al que quiere brindarle la norma, ésta resulta inoperante. No roza la situación del trabajador” (*Los principios del Derecho Del Trabajo*. 3. ed. actualizada. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 112).

49 Apenas para invocar a construção do sistema sob a faceta da linguagem em FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 159.

mente, à vontade coletiva no sentido de que as expectativas de conduta sejam assim traçadas.

Por aí se percebe o porquê da Súmula nº 362 poder ser explicado no sistema jurídico ideado pelo jurista do trabalho. O prazo prescricional trintenário é, sem dúvida, mais favorável ao trabalhador, mas, ao mesmo tempo, à norma constitucional, que não poderia ser olvidada, impôs o prazo bienal para a apresentação, em juízo, da pretensão obreira, prazo esse que nada diz respeito, até mesmo pela especialidade, à materialidade do prazo prescricional do FGTS. Pelo princípio da norma mais favorável, antes mesmo de qualquer adoção de critérios de solução de antinomias, a leitura do direito positivo, objeto da ciência do direito, já impregnada pela valoração ideológica que é inerente ao Direito do Trabalho, confere, ao jurista, ao cientista do direito, tudo o que precisa para o seu discurso descritivo, de modo a formar o sistema jurídico trabalhista sem problemas de consistência.

Essa é a razão filosófica, da ciência do direito, que harmoniza, para as contradições fenomênicas das diversas normas conflitantes do ordenamento, e explica a opção que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho exerceu quando da edição da Súmula nº 362, uma vez que é ela que melhor descreve a consistência do sistema jurídico enquanto vislumbra e analisa os problemas, um tanto quanto inconciliáveis, presentes na linguagem prescritiva do ordenamento jurídico.

Outra é a discussão referente a se saber se foi correta ou não a solução entabulada na Súmula nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho. Os problemas de contradições normativas não se resolvem nas prescrições do ordenamento jurídico. Resolvem-se no grau da metalinguagem da ciência que o estuda e o descreve, sempre que, ao assim estudar e descrever, possa, o jurista, construir um sistema perfeito em termos de consistência.

Na especificidade do Direito do Trabalho, o exercício do jurista é, sempre, por demais facilitado, porque a aplicação do princípio da norma mais favorável se refere à ontologia do Direito do Trabalho, perceptível na leitura, mesmo, do ordenamento jurídico trabalhista (até pelo prisma do art. 8º da CLT), e, adicionalmente, ao mesmo tempo, representando o critério maior da justiça que a ciência do direito de uma maneira geral sempre admitiu invocar para solucionar eventuais conflitos entre regras de calibração ou regras de estrutura do sistema, quando operacionalizam a tentativa de extirpar, da construção do sistema jurídico, as antinomias jurídicas. É por isso que se sustenta que o princípio da norma mais favorável sempre transita, de forma dinâmica, entre a linguagem descritiva da ciência do direito e a linguagem prescritiva do ordenamento jurídico.

DOUTRINA

O tratamento das questões jusfilosóficas que surgem dos diversos prazos prescricionais aplicáveis ao FGTS é um perfeito exemplo de como se pode explicar o sistema jurídico trabalhista, independentemente da discussão em torno de se averiguar a correção ou não da opção inscrita na Súmula nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho (esse é um problema de jurisdição, e não de fundamentação do sistema, frise-se), de solução das contradições da linguagem prescritiva. O fundamento da consistência do sistema – tema esse que, muitas vezes, é um tanto quanto obscuro para aqueles que somente se preocupam com o ordenamento jurídico, e não com o sistema da ciência do direito –, no que se dispôs a aqui tratar, é o princípio da norma mais favorável.