

ASESORAMIENTO JURÍDICO

Entidades representantes de amnistías políticas solicitan un dictamen sobre la constitucionalidad de los cambios que pretende la Propuesta de Modificación de la Constitución nº 6/2019 (Reforma del Bienestar PEC). La propuesta introduce cuatro cambios en el artículo 8 de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT) que se refieren a las amnistías políticas. A continuación se analizará cada uno de estos cuatro cambios.

- 1ª modificación: Artículo 8, § 6 de la ADCT. Redacción de la PEC: "Los beneficiarios de la amnistía prevista en este artículo y sus dependientes cotizarán a la seguridad social aplicando un tipo sobre la reparación económica mensual a la que tengan derecho, en la forma establecida para la cotización de los jubilados y pensionistas del sistema de seguridad social de la Administración Federal".

Opinión: Los montos adeudados a los amnistiados políticos consisten en una modalidad de reparación constitucional, es decir, su naturaleza jurídica es indemnizatoria y no de seguridad social. En otras palabras, los perjudicados por actos de motivación política reciben una indemnización por los daños sufridos durante la dictadura, mientras estaba vigente el estado de excepción.

Esta recomposición no tiene ninguna relación con la seguridad social. Como la naturaleza jurídica indemnizatoria de la amnistía política no puede confundirse con la naturaleza de seguridad social del régimen propio de los funcionarios públicos de la Unión, la enmienda constitucional no puede someter una prestación indemnizatoria a una sustracción de seguridad social. En caso de que se apruebe la citada modificación, se podrán interponer acciones legales para que los importes de las mensualidades de la amnistía, por su carácter indemnizatorio, sigan estando exentos de cotización al Régimen Especial de la Seguridad Social (RPPS) del Gobierno Federal.

Cabe añadir que el artículo 7 de la Instrucción Normativa Consolidada de la Renta Federal de Brasil (IN RFB nº 1500/2014 con última actualización por IN

RFB

Nº 1869/2019) aclara que las indemnizaciones no están sujetas a gravamen fiscal. Esta norma establece la exención de cualquier valor indemnizatorio destinado a reparar daños patrimoniales. En el caso de las víctimas de la dictadura, la reparación constitucional consiste precisamente en un tipo de indemnización destinada a reparar los daños causados por el Estado durante la dictadura militar. Para despejar cualquier duda, esta norma también aclara que las indemnizaciones de cualquier naturaleza por amnistías políticas, así como las reparaciones a los desaparecidos por motivos políticos, están exentas de impuestos.

En el ámbito de la jurisprudencia, el Tribunal Superior de Justicia ya ha establecido la imposibilidad de descontar la cotización a la Seguridad Social en las indemnizaciones por amnistías políticas. A este respecto, cabe destacar la siguiente decisión, comunicada por el difunto juez Teori Zavascki:

"PENSIÓN MILITAR". AMNISTÍA POLÍTICA. IR. LA CONTRIBUCIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL. EXENCIÓN. RESTITUCIÓN. PRESCRIPCIÓN. MS.

No hay deducción del impuesto sobre la renta y la seguridad social en los pagos de jubilación de los amnistiados políticos (Dec. nº 4.897/2003 y arts. 1 y 19 de la Ley n. 10.599/2002)". (Tribunal Superior de Justicia, MS 9.543-DF, Juez ponente Teori Albino Zavascki, Boletín de jurisprudencia nº 0219, agosto de 2004. Se han añadido los subrayados).

En la misma línea, las demás sentencias demuestran la jurisprudencia pacífica del Tribunal Superior de Justicia en la materia:

"FISCALIDAD Y PROCEDIMIENTO CIVIL. NEGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN JURISDICCIONAL. NO OCURRENCIA. AMNISTÍA POLÍTICA. EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y LA CONTRIBUCIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL. EXENCIÓN. LEY 10.559/2002.

[...]

2. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, el impuesto sobre la renta y la contribución a la seguridad social no gravan las rentas de jubilación y la pensión de los amnistiados políticos, de acuerdo con la Ley 10559/2002, incluso antes de su entrada en vigor. Precedentes: EDcl en MS 16.201/DF, informando al juez Benedito Gonçalves, Sección Primera, DJe 07/11/2011; AgRg en AREsp 119.651/DF, informando al juez Castro Meira, Sección Segunda, DJe 23/04/2012.

3. Recurso de casación que se deniega. 3. Recurso de apelación no previsto" (Tribunal Superior de Justicia. AgRg en REsp 1099027 / RS. Informando al juez

Sérgio Kukina. DJe 03/12/2013).

[...] EXENCIÓN DE LA DEDUCCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y DE LA CONTRIBUCIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, BASADA EN LA LEY Nº 10559/2002, DEBIDO AL CARÁCTER COMPENSATORIO DE LAS CANTIDADES ABONADAS A LOS AMNISTIADOS. DERECHO CUYO RECONOCIMIENTO, INCLUSO EN AUSENCIA DE SOLICITUD DE LA AMNISTÍA, NO CONFIGURA JUICIO EXTRA PETITA. PRECEDENTE. CASO EN EL QUE HUBO UNA PETICIÓN EXPRESA DEL AMNISTIADO. LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ÚNICO PÁRRAFO DEL ART. 9 DE LA LEY Nº 10.559/2002. DESCALIFICACIÓN. PRECEDENTE DE LA PRIMERA SECCIÓN. [...]

2. La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia está consolidada en el sentido de que, debido al carácter indemnizatorio de las cantidades abonadas como consecuencia de la concesión de la amnistía, no se recaudan las cotizaciones a la seguridad social ni el impuesto sobre la renta sobre las mismas, como por otra parte prevé expresamente la Ley 10559/2002. Por lo tanto, la concesión de la exención, incluso en ausencia de una solicitud del interesado, no constituye una sentencia extra petita. Precedente.

3. Caso, además, en el que la solicitud de exención fue formulada expresamente por el acreedor, lo que revela lo infundado de la alegación de juicio extra petita.

4. De acuerdo con el entendimiento de la Sección Primera, que se encarga de dictaminar en materia tributaria, "no hay inconstitucionalidad en la Ley 10.559/2002, que, reconociendo el carácter compensatorio de las ganancias percibidas por los beneficiarios de la amnistía, descartó la exacción del Impuesto sobre la Renta y de la Contribución a la Seguridad Social" (MS nº 11.022/DF, informando el juez Herman Benjamin, DJe 01/2/2010).

5. Se desestima el recurso intermedio".

(Tribunal Superior de Justicia. AgRg en EmbExeMS 11921 / DF. Informando al juez Marco Aurélio Bellizze. DJe 05/09/2012).

- 2ª Modificación: Artículo 8, § 7º de la ADCT. redacción del PEC: "La cotización social a la que se refiere el artículo 6 no elimina la recaudación de las demás cotizaciones sociales exigidas a los asegurados obligatorios del sistema de seguridad social".

Opinión: Las cotizaciones de los asegurados se deben a los respectivos regímenes de la Seguridad Social, ya sea el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Públicos (RPPS-Unión), el Régimen General de la Seguridad Social (RGPS-INSS), un régimen privado o complementario de la Seguridad Social. Sin embargo, es inconstitucional pretender asimilar una prestación reparadora/indemnizatoria de amnistía política a una prestación contributiva/de

seguridad.

Por ello, las cotizaciones a la seguridad social deben exigirse a partir de cuotas que se refieren a la relación entre el trabajo (actividad) y la jubilación (inactividad). Distinta es la situación de la relación entre los daños causados por el Estado durante la dictadura (daños) y el deber constitucional de reparación a las víctimas (indemnización).

Precisamente por esta diferenciación, el Poder Judicial tiene un entendimiento uniforme en el sentido de que las cantidades abonadas a cuenta de la amnistía política no pueden ser objeto de aportación a fondos asistenciales o de seguridad social. La sentencia que figura a continuación ejemplifica el criterio de los tribunales superiores en la materia:

"ADMINISTRATIVO". AMNISTÍA POLÍTICA. DAÑOS MATERIALES Y MORALES DERIVADOS DE LA PERSECUCIÓN POLÍTICA. FUSEX. NO HAY NINGUNA COINCIDENCIA.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 10.599/2002, las cantidades pagadas por la amnistía no pueden ser objeto de contribución a los fondos de asistencia, como ocurre con el FUSEX. MS 10.519/DF, Informando al Juez LUIZ FUX, SECCIÓN PRIMERA, juzgado el 12/12/2005, DJ 13/2/2006, p. 647. Recurso de casación denegado". (Tribunal Superior de Justicia. AgRg en REsp 1571175 / RS. Informando al juez Humberto Martins. DJe 22/03/2016).

- 3ª modificación: Artículo 8, § 8 de la ADCT. Redacción de la PEC: "Se prohíbe la percepción simultánea de la reparación mensual con el producto de la jubilación, en cuyo caso el amnistiado podrá, en los términos previstos en la ley, optar por la prestación de seguridad social más ventajosa o por la reparación mensual de carácter económico, respetando los supuestos de derecho adquirido hasta el inicio de la efectividad de dicha prohibición".

Opinión: La redacción propuesta excluye los casos de derecho adquirido, es decir, los que ya tienen la condición de amnistía política. Así, los amnistiados que recibían prestaciones mensuales hasta la promulgación de la PEC no se verían afectados por el cambio de la enmienda constitucional. Para las nuevas amnistías políticas, el PEC establece que el beneficiario debe elegir entre una de las dos prestaciones: la indemnización (prestación mensual) o la prestación

de la seguridad social (jubilación o pensión).

Una vez más, el texto presenta una comprensión errónea de la naturaleza jurídica de la reparación por amnistía política al confundirla con una prestación de la seguridad social. Los amnistiados reciben pagos mensuales de amnistía política por haber sufrido pérdidas durante la dictadura brasileña. Los jubilados, en cambio, reciben prestaciones de jubilación porque, mientras trabajaban, cotizaron a algún régimen de seguridad social (RPPS o RGPS, por ejemplo).

Es manifiestamente inconstitucional retirar una prestación a un ciudadano porque ya recibe una pensión. Del mismo modo, es inconstitucional retirar una prestación de la seguridad social a un ciudadano porque ya ha recibido una indemnización. Son conceptos diferentes que no pueden ser objeto de compensación entre sí. De aprobarse esta alteración, se interpondrán acciones para que el Poder Judicial garantice el derecho constitucional y legal que tienen los ciudadanos de acumular la indemnización con la jubilación, ya que son institutos diferentes con fundamentos distintos.

A este respecto, el Tribunal Supremo Federal ya ha establecido que la jubilación y la amnistía tienen orígenes y fundamentos diferentes. Por ello, no hay ilegalidad en acumular la jubilación de carácter social con una compensación mensual de carácter indemnizatorio. Cabe destacar la siguiente decisión del Tribunal Constitucional de Brasil:

"PENSIONES. ACUMULACIÓN. DIVERSOS ORÍGENES. ANISMO. La pensión resultante de de amnistía, presente acto institucional, gana contornos de indemnización, y puede ser recibido con otros frutos de la vinculación jurídica mantenida por el fallecido con el Estado. [...] Por todo lo expuesto, estimo la solicitud de anulación del acto administrativo impugnado y determino el mantenimiento de las pensiones percibidas por la actora. El examen del recurso interlocutorio interpuesto por la Unión es perjudicial" (Tribunal Supremo Federal. Informando al juez Marco Aurélio. Mandato N° 28.700. DJe 22/02/2013. Extracto del voto del Sumario y de la parte dispositiva del voto del Magistrado Ponente. Subrayado añadido).

- 4ª modificación: Artículo 8, § 9 de la ADCT. Redacción de la PEC: "La

concesión y adaptación de la prestación mensual debida a los amnistiados no podrá superar la

límite máximo establecido para las prestaciones de la Política General de Previsión Social, garantizando la irreductibilidad de las prestaciones ya concedidas".

Opinión: En este apartado, el texto también ha eliminado los casos de prestaciones ya concedidas. Por lo tanto, quienes reciben prestaciones mensuales, permanentes y continuas, hasta la fecha de edición del PEC, no se verían afectados por el cambio propuesto. Para los nuevos amnistiados políticos, es decir, los que aún no tienen declarada esta condición hasta la promulgación de la enmienda constitucional, el valor máximo de la prestación mensual correspondería al tope del INSS y los ajustes anuales seguirían los mismos índices del RGPS.

Sin embargo, la reparación constitucional de carácter indemnizatorio busca recomponer los daños causados por el Estado durante el régimen de excepción. Por ello, los beneficiarios de la amnistía reciben una paga mensual como si siguieran trabajando. La limitación al tope del Régimen General de la Seguridad Social no podría compensar adecuadamente a las víctimas de la dictadura. Estos beneficiarios podrían demandar ante los tribunales para que el Poder Judicial aplique correctamente la reparación constitucional de la amnistía.

De hecho, el Poder Judicial ya ha establecido que la amnistía política debe ser interpretada de manera que dé la mayor amplitud a la institución. En esta línea, el Tribunal Supremo Federal ha destacado este aspecto especial de la reparación integral de las víctimas de la dictadura:

"En un primer momento, la causa parece relevante para la solución de la controversia, ya que una de las pensiones se refiere a la jubilación que tiene como fondo una verdadera indemnización, presente el Acta Institucional nº 5 y el artículo 8 de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias. Hay que desarrollar todos y cada uno de los razonamientos para dar un mayor alcance a la amnistía. Esto se deriva de la naturaleza jurídica del instituto, que pretende minimizar los actos perjudiciales del pasado, lo que implica una reparación, si no adecuada, al menos posible. Hay que desprestigiar una interpretación literal y gramatical que, aunque seductora, acaba vaciando el beneficio e impide la debida reparación de las arbitrariedades cometidas" (Tribunal Supremo Federal. Informando al juez Marco Aurélio. Mandato Nº 28.700. DJe 22/02/2013. Extracto del voto del Ministro informante. Énfasis añadido).

Al juzgar el derecho a la reparación sobre la repercusión general, el Pleno del Tribunal Supremo Federal recordó el tratamiento diferenciado de las reparaciones por amnistías políticas. En esta línea, el Tribunal Constitucional señaló que el pasado autoritario dejó huellas individuales y colectivas, que requieren la debida reparación. Las reparaciones constitucionales, por lo tanto, deben ser tratadas bajo un prisma especial, con el fin de restaurar la dignidad de la persona humana para aquellos cuya condición fue violada. Cabe destacar los votos de los magistrados Dias Toffoli y Edson Fachin, que analizaron magistralmente este asunto en términos de repercusión general:

"La compensación debida a la amnistía política integra a un grupo específico que merece un tratamiento diferenciado por disposición constitucional (ADCT, art. 8). Sin embargo, en el caso de la amnistía, el gobierno no es condenado a pagar una determinada cantidad como resultado de una decisión judicial, como ocurre con los precatórios. La sanción se produce en virtud de una resolución administrativa, por lo que el pago debe ser inmediato.

[...]

A pesar de que la propia doctrina reconoce la dificultad de delimitar el ámbito de protección de la dignidad y de los derechos fundamentales, no cabe duda de que la opción del legislador, a la hora de regular y garantizar los derechos de estos amnistiados, ha sido la de proporcionar a quienes vieron destruida su dignidad por el régimen antidemocrático que en su día se instaló en nuestro país una mínima restauración de la misma. Es misión de este Tribunal Supremo, por tanto, como ya señaló Ingo Wolfgang Sarlet, transformar la dignidad de la persona humana "en una realidad vivida y, quién sabe, cada vez menos violada" (Notas sobre la dignidad de la persona humana en la jurisprudencia del STF. En: SARMENTO, Daniel & SARLET, Ingo Wolfgang (Coordinadores). Los derechos fundamentales en el Tribunal Supremo: balance y crítica. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73)" (Supremo Tribunal Federal. Voto del Ministro Ponente Dias Toffoli. RE nº 553.710. DJe 23/08/2018. Tema 394 de la Repercusión General del Pleno del STF. Énfasis añadido).

"Además, en la dimensión de su relevancia, no podemos ignorar que estamos ante una cuestión mucho más amplia, que no se limita a una dimensión meramente económica, sino que es igualmente política y jurídica. Esto toca la médula de nuestra actual Constitución republicana, amalgamada en una narrativa constitucional que no puede armonizarse con el olvido del pasado, sin el cual, como es bien sabido, no es posible, en la condición comunitaria, vivir plenamente el presente y proyectar el futuro. Nuestra comunidad política, reunida en la Asamblea Nacional Constituyente, no estuvo de

acuerdo con ningún intento de borrar en la memoria colectiva los actos de

excepción anterior a la Constitución. Actos que, recordemos, no sólo rompieron con regularidad democrática, sino que fracturaron el libre desarrollo de un sinnúmero de historias de vida. Es a la luz de este entendimiento -de un pasado que dejó cicatrices individuales y comunitarias y que, por lo tanto, merece tanto memoria como reparación- que se inserta el art. 8, ADCT" (Corte Suprema Federal. Voto del juez Edson Fachin. RE nº 553.710. DJe 23/08/2018. Tema 394 de la Repercusión General del Pleno del STF. Énfasis añadido).

Conclusión: En general, las cuatro modificaciones contenidas en el PEC parten de una premisa errónea, que consiste en confundir la cuantía de la indemnización constitucional con otras cuestiones de carácter previsional. De hecho, no hay que confundir la indemnización con la seguridad social. La jurisprudencia demuestra que el Poder Judicial ha garantizado un tratamiento especial a la indemnización constitucional debida a las víctimas de la dictadura. Por lo tanto, las medidas judiciales serán apropiadas para descartar cada una de las cuatro modificaciones propuestas, como se ha descrito anteriormente.

Brasilia, 17 de mayo de 2019.

Grupo de Investigación en Justicia Transicional - Universidad de Brasilia (UnB)