

Perda automática de cargo público na Lei de Tortura: da teoria da derrotabilidade

21/07/2025

Nada substitui a vivência prática na advocacia criminal. É no exercício cotidiano da defesa penal que os dispositivos do Código Penal, as normas penais extravagantes e os ritos do processo penal deixam de ser meras previsões normativas e passam a revelar sua complexidade diante dos conflitos humanos concretos.

Recentemente, deparei-me com um caso que escancarou de forma gritante e angustiante a premissa acima exposta: a hígidez da legislação especial, mais especificamente a Lei nº 9.455/97, que define os crimes de tortura, e a imprecisão do legislador ao definir no § 5º, do artigo 1º da referida lei que “a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada”.

Predomina em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de conflito aparente entre normas, a regra especial deverá prevalecer sobre a geral. [1] Esse critério hermenêutico é particularmente relevante na análise dos efeitos secundários da condenação penal, como a perda do cargo público.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que tal sanção não é automática, exigindo fundamentação específica à luz do artigo 92, inciso I, alínea ‘a’, do Código Penal. É o que se extrai, por exemplo, dos seguintes precedentes:

“1. A perda do cargo público não é efeito automático da condenação, devendo ser concretamente motivada à luz dos requisitos do art. 92, inciso I, alínea a, do CP. [...]” (AgRg no REsp n. 1.983.589/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 20/6/2024)

“a determinação da perda do cargo ou da função pública em razão de condenação criminal, com exceções feitas quanto ao crime de tortura, não é automática, demandando fundamentação específica” (HC n. 307.593/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 27/3/2017).

Todavia, em se tratando de condenações por crimes de tortura, previstos no artigo 1º da Lei nº 9.455/1997, a jurisprudência estabelece uma exceção expressa, com fundamento no § 5º do referido artigo. Nesse caso, a perda do cargo, função ou emprego público opera-se de forma automática, independentemente de fundamentação judicial específica, por força da norma especial. A aplicação do princípio da especialidade conduz, portanto, ao reconhecimento da supremacia da Lei de Tortura sobre a norma geral do Código Penal. Esse entendimento foi reiteradamente consolidado pelo STJ, como no AgRg no AREsp 1.103.702/SC, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, ao reconhecer que, nesses casos, o efeito da perda da função pública decorre *ipso iure* da sentença condenatória. [2]

À primeira vista, a norma parece suficientemente clara em sua estrutura típica. No entanto, ao adentrarmos os meandros da sua aplicação prática, especialmente diante das nuances fáticas e das implicações constitucionais de cada caso concreto, surgem controvérsias interpretativas que comprometem não apenas a justa imputação penal, mas também a segurança jurídica e os princípios constitucionais norteadores de toda sistemática processual.

Exemplo prático da aplicação normativa: omissão legislativa e interpretação restritiva pelos tribunais superiores

Um policial militar foi denunciado, processado e condenado pela prática do crime de tortura, previsto no artigo 1º, inciso I, alínea ‘a’, da Lei nº 9.455/97, em concurso com o artigo 5º, inciso III, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). O Ministério Público, com base no § 5º do artigo 1º da referida lei, requereu a aplicação da pena de perda do cargo público.

Spacca

Entretanto, o magistrado entendeu pela inaplicabilidade do efeito secundário da condenação, por reconhecer que os atos delitivos não foram praticados no exercício da função pública ou em razão dela. Segundo a fundamentação, embora o réu ostentasse a condição de policial militar, os fatos ocorreram em contexto de violência doméstica e familiar, tendo o agente atuado na condição de ex-marido da vítima, e não como servidor público no exercício de suas atribuições funcionais. Assim, entendeu-se que a sua conduta se equiparava à de um particular, o que afastaria a incidência automática do § 5º, artigo 1º, da Lei nº 9.455/97, cuja aplicação pressuporia a conexão funcional entre o cargo e o delito cometido.

O Ministério Público interpôs apelação objetivando a reforma da sentença para decretar a perda do cargo ocupado pelo acusado, bem como a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Entretanto, o tribunal local considerou que a sentença condenatória estava devidamente fundamentada, endossando o posicionamento da primeira instância de que o réu não agiu, ao praticar o crime, na qualidade de agente público, e que sua conduta não possuía vínculo com o cargo exercido.

Houve interposição de recurso especial pelo Ministério Público, o qual foi provido por decisão monocrática do ministro relator, que determinou a decretação da perda do cargo público ocupado pelo réu (policial militar), e a interdição para o exercício da função pelo dobro do prazo da pena privativa de liberdade imposta na sentença de primeiro grau. Na fundamentação, o relator destacou que, nos termos do artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97, a perda do cargo público e a interdição de seu exercício constituem efeitos automáticos da condenação por crime de tortura, devendo incidir a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória, independentemente de fundamentação judicial específica.

Efeitos automáticos da condenação pelo crime de tortura

A decisão do Superior Tribunal de Justiça reforça a natureza cogente da norma especial prevista no § 5º do artigo 1º da Lei nº 9.455/97, ao afirmar que a perda do cargo público e a interdição para seu exercício constituem efeitos automáticos da condenação pelo crime de tortura. Para o STJ, a incidência desses efeitos prescinde da demonstração do nexo funcional entre a função pública e a prática delitiva, bastando a mera subsunção típica para que se opere, *ex lege*, a perda da função, a partir do trânsito em julgado da condenação.

Contudo, é justamente nesse ponto que emergem relevantes questionamentos constitucionais. A discussão que levanto é acerca da possibilidade de mitigação da eficácia automática do artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97, à luz do princípio da proporcionalidade, extraído do devido processo legal substantivo (artigo 5º, LIV, da Constituição), em hipóteses de excepcionalidade concreta que revelem manifesta desproporcionalidade entre a sanção automática imposta e os fins legítimos da norma penal.

Embora a norma em comento tenha caráter abstrato e geral, sua aplicação não pode se dar de forma automática e inflexível em todos os casos, sob pena de contrariar o próprio núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A relevância da matéria não se esgota no plano individual do caso mencionado. Ao contrário, possui reflexos diretos sobre a interpretação constitucional de normas penais com efeitos automáticos, promovendo o necessário equilíbrio entre a rigidez das sanções legais e os direitos fundamentais assegurados pela Constituição. O reconhecimento da repercussão geral, neste caso, permitiria ao Supremo Tribunal Federal firmar tese vinculante sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade e da teoria da derrotabilidade das normas (*legal defeasibility*), com potencial de orientar julgamentos em todo o território nacional, inclusive no que tange à racionalidade do poder punitivo do Estado em face de garantias fundamentais.

Teoria da derrotabilidade das normas

A teoria da derrotabilidade das normas (*legal defeasibility*) versa sobre a possibilidade de afastamento excepcional e pontual da aplicação de uma norma jurídica, quando, diante das peculiaridades relevantes do caso concreto, sua incidência



revelar-se manifestamente desproporcional ou incompatível com princípios constitucionais, especialmente os de justiça material e proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já reconheceu a possibilidade de afastamento da incidência de norma penal em casos excepcionais, os denominados *hard cases*, valendo-se da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, quando sua aplicação literal se mostra incompatível com os princípios constitucionais fundamentais, especialmente o da proporcionalidade [3].

No julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 218.300/RO, o ministro Gilmar Mendes trouxe, em seu voto, fundamentos que evidenciam a adoção dessa técnica interpretativa. Segundo o ministro, a teoria deve ser compreendida no âmbito do positivismo jurídico, especialmente a partir de Herbert Hart, que busca mecanismos racionais para diferenciar casos concretos conforme a incidência da norma ao fato. No mesmo contexto, o ministro Gilmar Mendes, relator da ADI 6.524/DF, definiu que a derrotabilidade comunga da ideia de que proposições gerais são *defaults*, que nessa condição regulam a maioria dos casos, os casos normais, sem, contudo, articular com a pretensão de totalidade e definitividade.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da teoria da derrotabilidade já orientou diversos julgados. Destaca-se, nesse sentido, o Recurso Especial nº 1.953.607/SC, julgado pela 3ª Seção, sob relatoria do ministro Ribeiro Dantas, no qual foi fixado entendimento relevante em sede de recurso repetitivo quanto à remição da pena durante a Covid-19. Na ocasião, com fundamento nos princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, aliados à teoria da derrotabilidade da norma e à situação excepcionalíssima representada pela pandemia, o tribunal firmou a tese de que o período de restrições sanitárias deveria ser computado como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já se encontravam inseridos nessas atividades e que foram impedidos de prosseguir unicamente em razão do estado pandêmico.

Teoria do direito penal do inimigo

Outro julgado relevante em que se mitigou a aplicação literal da norma penal à luz da teoria da derrotabilidade ocorreu no julgamento do AgRg no AREsp 2.389.611/MG, sob relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Ao proferir seu voto, o ministro relembrou que o ordenamento jurídico brasileiro não adota a teoria do direito penal do inimigo, formulada por Günther Jakobs: *“Lembro que não adotamos a teoria do direito penal do inimigo, formulada por Gunther Jakobs, e que separa os indivíduos em ‘heróis’ e ‘vilões’, reservando a estes últimos, considerados inimigos da sociedade, a aplicação de penas sem a observância de garantias e direitos fundamentais. De fato, em especial no direito penal, mister se faz o olhar atento às particularidades do caso concreto [...]”*

Em análise voltada ao exemplo do caso concreto, o desembargador Sidney Eloy Dalabrida (TJ-SC) sustenta a possibilidade de aplicação da teoria da derrotabilidade das normas (*legal defeasibility*) como instrumento de controle de constitucionalidade concreta. Para o autor, é cabível, sem comprometer a higidez formal do artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97, afastar, em situações de superlativa excepcionalidade, a aplicação automática da pena de perda do cargo ou função pública, em razão do grau elevado de abstração da norma-regra e da necessidade de ponderação com os direitos fundamentais envolvidos.

“É perfeitamente possível que, em determinada hipótese concreta, a perda do cargo público ou função pública, mesmo sendo decorrente de condenação por crime de tortura, apresente-se desnecessária por existirem outros meios menos gravosos igualmente idôneos, ou desproporcional em sentido estrito, visto ser o meio utilizado completamente desmedido e excessivamente gravoso em sua comparação com o fim almejado. Não obstante a previsão legal da medida decorra de prerrogativa do poder legislativo e, de modo abstrato e geral, apresente-se proporcional como efeito da condenação pela prática do crime de tortura, essa constatação não impede ipso facto que, em situações concretas, num processo de ponderação, entenda-se que não guarda ela uma relação razoável com a importância do interesse que se pretende salvaguardar, obrigando-se o magistrado a aplicá-la, ainda quando a considere inteiramente desproporcional. A superabilidade da norma do art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.455/97 diante de singularidades de determinado caso concreto também se apresenta como técnica de reforço para resolução de antinomias, permitindo que, mantendo-se hígida a referida disposição legal, seja sua incidência afastada no caso concreto por incorporar fatores de superlativa excepcionalidade que, pelo natural grau de abstração de uma norma-regra, não foram contemplados no enunciado normativo correspondente.”^[4]

Recentemente, no HC 252.742/RO, o ministro Gilmar Mendes concedeu a ordem de ofício para afastar a perda do cargo público a um paciente condenado por falsidade ideológica (artigo 299 do CP) quando exercia função pública no município de Mirante da Serra/RO. Após o trânsito em julgado da sentença, que determinou a perda da função pública, o Juízo da Execução oficiou não só a esse município, onde o crime foi praticado, mas também ao município de Ouro Preto do Oeste/RO, onde o paciente também era servidor, para que ele fosse exonerado.

O ministro Gilmar Mendes reconheceu que, embora o habeas corpus não fosse a via processual adequada por não envolver risco direto à liberdade de locomoção, havia flagrante ilegalidade na decisão que determinou a perda do cargo público no município de Ouro Preto do Oeste, onde o crime não foi praticado. Citando Cezar Bitencourt, destacou que “a perda deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente”.

Nessa perspectiva, a imposição automática da perda do cargo ou função pública, nos termos do artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97, pode e deve ser afastada em hipóteses de superlativa excepcionalidade, sob pena de violação aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Proponho, portanto, que o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, pode intervir para modular a interpretação da norma em conformidade com os parâmetros constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de evitar injustiças irreparáveis e assegurar a concretização do Estado democrático de direito.

Por fim, a prática forense expõe as fragilidades do sistema e reforça a importância de uma advocacia técnica e combativa, capaz de provocar avanços jurisprudenciais e garantir a efetividade dos direitos fundamentais. É a partir, portanto, da experiência concreta no exercício do mister constitucional conferido à advocacia que a rigidez abstrata das normas se desmonta, revelando que o verdadeiro compromisso com a justiça exige sensibilidade e pensamento crítico.

[1] STF – MS: 35977 DF 0078088-36 .2018.1.00.0000, Relator.: NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 29/11/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 08/02/2022.

[2] Nas hipóteses de condenação por crimes previstos no art. 1º da Lei n. 9.455/1997, como no caso, conforme dispõe o § 5º do art. 1º do citado diploma legal, a perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação, sendo dispensável sua fundamentação concreta. Precedentes do STJ e do STF. (AgRg no AREsp 1103702/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 10/6/2020).

[3] Destacam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 17/03/2017; ADI 3.689, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe 29/06/2007.

[4] DALABRIDA, Sidney Eloy. O efeito automático de perda do cargo e função do agente público previsto na Lei n. 9.455/97: uma análise à luz do princípio da proporcionalidade e da teoria da derrotabilidade das normas. Revista CEJUR/TJSC, Florianópolis, v. 12, e0426, p. 1-21, jan.-dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.37497/revistacejur.v12i00.426>.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-jul-21/perda-automatica-de-cargo-publico-na-lei-de-tortura-analise-da-teoria-da-derrotabilidade-em-perspectiva-constitucional/>