**INIMPUTABILIDADE PENAL PELA IDADE. O CRIME DE ASSOCIAÇÃO
CRIMINOSA (ARTIGO 288 DO CP) E O PROBLEMA DA CONTAGEM DO MENOR
DE IDADE NO *QUANTUM* DO CONCURSO NECESSÁRIO**

PENAL INIMPUTABILITY FOR AGE. THE CRIME OF CRIMINAL ASSOCIATION
(ARTICLE 288 OF PC) AND THE PROBLEM OF COUNTING MINORS IN THE
REQUIRED CONTEST *QUANTUM*

**Guilherme Elizeu Alves da Silveira¹
Waldir Miguel dos Santos Júnior²**

RESUMO

A modificação do art. 288 do Código Penal provocada pela Lei nº 12.850/2013 criou uma certa divergência entre parte da doutrina e da jurisprudência. É que a associação criminosa alterou o requisito mínimo de agentes e incluiu uma nova causa de aumento de pena em seu parágrafo único. Daí, surgiu-se a questão se o menor de idade poderia ser contabilizado no *quantum* do concurso necessário. Sustenta-se neste artigo, que tal integração é inadequada à luz do sistema jurídico-penal brasileiro, por se tratar de incidência *de bis in idem*, uma vez que se contabiliza os inimputáveis no concurso necessário e simultaneamente como causa de aumento de pena. Por essa razão, levantam-se três hipóteses de contabilização de menores no concurso necessário e contrastam-se essas ao argumento de Cezar Bitencourt de que integrar menores para configurar associação criminosa é *bis in idem*. Para além disso, este trabalho mantém a impossibilidade de integração de menores no delito de associação criminosa em qualquer hipótese, não somente naquela proposta por Bitencourt. Ao final é elaborado um argumento prático institucional para justificar a conclusão do por que não se pode integrar inimputáveis ao *quantum* do concurso necessário do delito de associação criminosa.

Palavras-chave: Associação criminosa; Inimputáveis; Concurso necessário; *Bis in idem*.

ABSTRACT

The modification of art. 288 of the Penal Code caused by Law No. 12.850/2013 created a certain divergence between part of the doctrine and the jurisprudence. Is that the criminal association changed the minimum requirement for agents and included a new cause of increased sentence in its sole paragraph. Hence, the question arose whether the minor could be counted in the required competition quantum. It is argued in this article, that such integration is inadequate in the light of the Brazilian legal-penal system, as it is an incidence of *bis in idem*, since the

¹ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.

² Professor de Direito Penal da FAC.

unaccountable ones are counted in the necessary contest and simultaneously as a cause of increased penalty. For this reason, three hypotheses for counting minors in the necessary competition are raised and these are contrasted with Cezar Bitencourt's argument that integrating minors to form a criminal association is *bis in idem*. In addition, this work maintains the impossibility of integrating minors in the crime of criminal association in any case, not only in that proposed by Bitencourt. At the end, a practical institutional argument is elaborated to justify the conclusion of why it is not possible to integrate non-imputables to the quantum of the necessary contest of the crime of criminal association.

Keywords: Criminal association; Unimputable; Required contest; *Bis in idem*.

1. INTRODUÇÃO

A modificação do artigo 288 do Código Penal Brasileiro, provocada pela Lei nº 12.850/2013 criou uma certa divergência entre parte da doutrina e da jurisprudência. É que com a alteração desse dispositivo normativo, o antigo tipo penal de “bando” ou “quadrilha”, passou a se chamar associação criminosa e apresentou um novo requisito mínimo de agentes para a sua tipificação. Além disso, a associação criminosa inovou ao incluir uma nova causa de aumento de pena em seu parágrafo único. A redação do art. 288 do CP conforme a Lei nº 12.850/2013 dispõe da seguinte forma: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão de 1(um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente” (BRASIL, 2018).

Na vigência da redação anterior do respectivo dispositivo normativo, o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, julgou que a configuração do crime de formação de quadrilha não necessita que haja a persecução penal de todos os supostos envolvidos para a caracterização da conduta típica (STJ, Res. 810.931/RS, Rel. Min. Gilson Dipp. 5º T., DJ 6/8/2007). Ratificando este entendimento, Rogério Greco (2011, p. 812) sustentou que: “Para efeito de reconhecimento do delito de quadrilha ou bando, no que diz respeito ao número mínimo de integrantes necessário à sua configuração, basta tão somente que um deles seja imputável.” Ocorre que na redação revogada, a formação de quadrilha ou bando era caracterizada a partir da existência de mais de três agentes e a causa de aumento de pena de seu parágrafo único se aplicava apenas na hipótese da quadrilha ou bando ser armada. Desse modo, no dispositivo revogado, a participação de criança ou adolescente não constituía majorante.

O ponto inicial deste trabalho é demonstrar que sob a luz do atual art. 288 do CP, o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de contagem do menor de

idade no *quantum* do concurso necessário do crime de associação criminosa é problemática, pois, se assim for, incide essa contagem em *bis in idem*. Ao final buscar-se-á demonstrar que formalmente o *bis in idem* não é a única causa lógica de vedação à contagem dos menores na associação criminosa e que em qualquer hipótese os integrar é impróprio

Em razão disso, serão levantadas três hipóteses em que se contabilize os inimputáveis para configurar associação criminosa, quais sejam: (A) Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente), associam-se com um agente imputável no intuito específico de praticar crimes; (B) Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente) – sem discernimento dos fatos –, juntamente com um agente imputável, associam-se especificamente para cometer crimes; (C) Três agentes imputáveis, juntamente com um agente inimputável (criança ou adolescente), associam-se especificamente para cometer crimes. Nesse sentido, analisamos as três hipóteses sob o escrutínio do sistema jurídico-normativo penal.

Este trabalho é dividido em três partes. A primeira é dedicada a classificação doutrinária do delito da associação criminosa. Apresenta-se a modificação provocada pelo advento da Lei nº 12.850/2013 no art.288 do CP e as características deste delito. Nessa primeira parte é feita uma singela diferenciação entre a associação criminosa e o concurso de pessoas

Na segunda parte, são tratadas as três hipóteses de contabilização do menor no *quantum* do concurso necessário do respectivo delito e é feita a apresentação da argumentação. Para isso é realizada uma padronização do argumento de Cezar Roberto Bitencourt sobre o tema e clarificado se esse argumento se mostra válido. De acordo com Bitencourt (2014), se o menor pode ser contabilizado para integrar associação criminosa, então este não pode ser simultaneamente causa de aumento de pena, uma vez que seria *bis in idem*, inadmissíveis em Direito Penal.

De maneira contrária, Rogério Greco (2014) entende ser possível um menor integrar associação criminosa, desde que este detenha plena capacidade de discernimento. Nesse sentido, este trabalho se filia à primeira posição doutrinária, tendo em vista o entendimento de que se trata de uma dupla valoração considerar os inimputáveis simultaneamente para fins de tipificação e de majoração na associação criminosa.

Na terceira parte, é esboçado um argumento prático institucional no esteio do argumento proposto por Bitencourt, contrastado às hipóteses suscitadas neste trabalho. A argumentação prática institucional é aquela que não apela livremente às considerações políticas, morais ou econômicas, mas se atém aos aspectos normativos e sistêmicos dos procedimentos jurídicos (STRUCHINER; SHECAIRA, 2016). O intuito é sustentar que um argumento que defenda a

impossibilidade de se contabilizar o menor no *quantum* do concurso necessário da associação criminosa, decorre da impropriedade de se integrar o menor em qualquer outra hipótese.

Não é feito neste trabalho uma reconstrução do princípio do *non bis in idem*. Parte-se do ponto de reconhecimento deste princípio – que é a vedação de se valorar um mesmo fato jurídico duas vezes no mesmo caso concreto.

2. A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E SUA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O advento da Lei nº 12.850/2013 provocou a mudança no art. 288 do Código Penal Brasileiro. Em primeiro lugar, pode-se destacar a modificação do *nomen iuris*, isto é, a alteração na denominação do tipo penal que deixou de ser quadrilha ou bando para se tornar associação criminosa. Houve também a mudança em relação ao número mínimo de agentes necessários para a tipificação, no intuito de diferenciá-la da organização criminosa, tipificada nos arts. 1º e 2º da Lei nº 12.850/2013 (CUNHA, 2017).

O crime de associação criminosa tem como objeto jurídico a paz pública – a segurança coletiva que a ordem pública deve proporcionar –, e não possui objeto material – ou seja – não existe uma pessoa específica sobre a qual recaia o dano perpetrado (MAGGIO, 2016).

De acordo com Guilherme Nucci (2020, p. 1352), em sua classificação doutrinária, esse delito trata-se de um crime: “Comum; formal; de forma livre; comissivo; permanente; de perigo abstrato e comum; plurissubjetivo; plurissubsistente.” Ou seja, é um crime que pode ser praticado por qualquer pessoa, consuma-se independentemente do resultado, pode ser executado de maneiras distintas pelo agente, decorre de uma conduta “positiva” tem uma permanência estável no tempo, não exige a lesão ao um bem jurídico, exige como concurso necessário um número mínimo de agentes e a ação criminosa é composta por atos distintos (MAGGIO, 2016).

Ao analisar o núcleo do tipo penal do art.288, destaca-se a explanação de Nelson Hungria: “Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum” (HUNGRIA, 1959, p. 177). Por essa razão, não se confunde a associação criminosa com o concurso de pessoas, circunstância agravante ou liame para caracterização de delito, prevista no art. 62 do Código Penal. No âmbito temporal, portanto, a associação criminosa necessita de uma *estabilidade* e de uma *permanência* no tempo e o concurso de pessoa depende da *continuidade* no tempo

É importante fazer tal distinção, visto que quando se está diante de um crime de associação criminosa, a doutrina não possui um entendimento uniforme sobre se deve ou não

considerar o concurso de pessoas como uma causa de aumento de pena (GRECO, 2017). Veja como Weber Martins Batista³ entende a questão:

A associação de [...] pessoas para a prática de crimes, indeterminadamente, não é imprescindível, não é meio necessário à prática de roubo em concurso de agentes. A razão da incriminação daquele crime e o motivo do agravamento da pena deste último derivam de razões diferentes. Num caso, busca-se proteger o sentimento de tranquilidade e segurança das pessoas, bem jurídico que é atingido mesmo quando não chega a ser praticado nenhum dos delitos que eram a razão da associação. No outro, no roubo qualificado pelo concurso de agentes, a punição mais severa visa a evitar a maior facilidade de cometimento do crime, o que ocorre quando são dois ou mais os executores. Sendo assim, porque diversa a vontade do Estado, ao definir os fatos puníveis, e diferentes os bens jurídicos protegidos pelas pessoas atingidas, não há como falar, na hipótese, em progressão criminosa ou em crime progressivo, em antefato ou em pós-fato impuníveis (BATISTA, 2014 *apud* GRECO, 2017 p. 567).

Tratar amplamente sobre essa possibilidade extrapolará os objetivos deste projeto. No entanto, é admitido aqui o entendimento doutrinário majoritário e também compartilhado por Rogério Greco (2017), de que considerar o concurso de pessoas como causa de aumento nos crimes de associação criminosa é incidência de *bis in idem*.

O mais importante aqui é a diferenciação que Weber Martins faz entre o concurso de pessoas e o crime de associação criminosa. Apesar da confusão que ele faz entre “razão para” incriminação e agravamento de pena, e “em razão da” incriminação e agravamento de pena, ele clarifica que o concurso de pessoas e o concurso necessário se tratam de coisas distintas.⁴

3. DAS HIPÓTESES E DOS ARGUMENTOS

Considere-se três hipóteses para fins de tipificação da associação criminosa:

- A. Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente), associam-se com um agente imputável no intuito específico de praticar crimes;
- B. Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente) – sem discernimento dos fatos –, juntamente com um agente imputável, associam-se especificamente para cometer crimes;
- C. Três agentes imputáveis, juntamente com um agente inimputável (criança ou adolescente), associam-se especificamente para cometer crimes.

³Ver em BATISTA, Weber Martins. O furto e o roubo no direito e no processo penal, p. 265-266.

⁴ A “razão para” a incriminação e o agravamento de pena, de fato são distintas, pois visam tutelar bens jurídicos diferentes, sendo como destacou Batista (2014 *apud* GRECO, 2017) a incriminação para proteger a paz pública e o agravamento para evitar a facilidade do cometimento do delito. Porém, o “em razão da” incriminação e do agravamento de pena é uma só, qual seja: a participação de menores no delito.

A classificação doutrinária anteriormente citada fornece um elemento para a avaliação dessas hipóteses, qual seja o requisito da plurissubjetividade. É que para a configuração do delito de associação criminosa, é preciso conceber que este é um crime de concurso necessário – sua consumação depende da participação de pelo menos três agentes. No *caput* do art. 288 do CP é clara essa necessidade: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes [...]” (BRASIL, 2018).

Em relação às hipóteses, a hipótese B é provavelmente aquela que mais se mostra imprecisa, visto que, conforme aponta Greco (2017), não se pode afirmar que menores sem discernimento possam ser contabilizados no concurso necessário desse delito.

Já a hipótese C, como já se tem preenchido o requisito mínimo de agentes para fins de tipificação da associação criminosa (estão presentes os três agentes imputáveis) – pode-se analisá-la no intuito de aferir a plausibilidade da hipótese A. Isso porque, se se mostrar inverossímil a hipótese de menores integrarem o tipo penal de associação criminosa – mesmo não integrando o requisito mínimo, por consequência, poder-se-á sustentar que não seja possível serem inimputáveis contabilizados no *quantum* do concurso necessário.

Consultando a jurisprudência brasileira, encontra-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade dessa contabilização. No Recurso Especial nº 810.931/RS julgado em 2007, de relatoria do ministro Gilson Dipp., o STJ julgou que a configuração do crime de formação de quadrilha não necessita que haja a persecução penal de todos os supostos envolvidos para a caracterização da conduta típica. Ratificando este entendimento, Rogério Greco (2011, p. 812) sustentou que: “Para efeito de reconhecimento do delito de quadrilha ou bando, no que diz respeito ao número mínimo de integrante necessário à sua configuração, basta tão somente que um deles seja imputável”.

Entretanto, indica-se duas questões importantes: a inimputabilidade dos menores no Direito Penal brasileiro e a vedação do *bis in idem*. De fato, a inimputabilidade do menor de idade está ancorada no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art.27, que prevê que os menores de dezoito anos são inimputáveis, sujeitos apenas às normas dessa legislação especial. Por essa razão, contabilizar os menores no delito de associação criminosa é uma conduta no mínimo imprecisa. Em relação ao *bis in idem*, Guilherme Nucci (2020) clarifica que o Direito Penal tem como um de seus princípios a vedação da dupla punição pelo mesmo fato jurídico. Essa garantia está prevista, de forma implícita, na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8, n. 4) e impede que nos vários estágios para fixação de sanção penal um mesmo fato seja considerado mais de uma vez pelo órgão jurisdicional para provocar aumento de pena.

Na contramão do pensamento majoritário sobre a possibilidade de integração de menores no delito do 288 do CP, faz-se aqui menção ao argumento de Cezar Roberto Bitencourt:

O fato da participação de criança ou adolescente configurar causa especial de aumento de pena demonstra de forma eloquente que ambos não integram o número mínimo (três) para configurar associação criminosa. E a razão é simples: se pudessem integrá-la, não configurariam, ao mesmo tempo, uma majorante! Seria um *bis in idem*, inadmissíveis em Direito Penal (BITENCOURT, 2014. p. 1125)

É possível padronizar este argumento da seguinte maneira:

1. Um fato jurídico valorado duas vezes no mesmo caso concreto é *bis in idem*.
2. A participação de criança ou adolescente em um delito é um fato jurídico⁵.
3. A participação de criança ou adolescente integra o requisito mínimo para configurar associação criminosa.
4. A participação de criança ou adolescente configura causa de aumento de pena na associação criminosa.
5. Logo, a participação de criança ou adolescente é *bis in idem*.

Este argumento é dedutivamente válido. No quesito justificação, há uma justificativa interna e uma justificativa externa do argumento. Segundo Struchiner e Shecaira (2016, p. 13) “Um argumento está *externamente* justificado se tem premissas verdadeiras. Por outro lado, um argumento está *internamente* justificado se suas premissas constituem uma defesa logicamente adequada de sua conclusão.” Desse modo, pode-se dizer que o argumento proposto por Bitencourt é bom, uma vez que este é justificado tanto internamente (em relação ao entendimento aplicado pelos STJ – no caso da premissa 3 e à luz do sistema penal – no caso das demais premissas e conclusão) quanto externamente.

A premissa 1 é verdadeira e plenamente plausível. Do mesmo modo a premissa 2. A terceira é aquela que mais suscita controvérsias, pois, se a premissa 4 é verdadeira, para que não se tenha em conclusão a incidência da dupla valoração do mesmo fato jurídico, é preciso que a premissa 3 seja, portanto, falsa.

Ademais, contrastando o argumento de Bitencourt em relação às hipóteses levantadas neste projeto, pode-se afirmar que tanto a hipótese A, quanto a hipótese B ou C são inadequadas.

⁵ Considera-se fato jurídico em sentido amplo, todo acontecimento de origem humana que gera consequências jurídicas. Tal caracterização decorre das contribuições de C.F Savigny da escola histórica do direito. Para mais detalhes veja o capítulo II da obra de Norberto Bobbio *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

É inadequada a hipótese A, porque tanto a criança quanto o adolescente não podem ser contabilizados no *quantum* do concurso necessário. No caso B, a inadequação não se dá apenas pela ausência de dolo do menor, mas principalmente pelos aspectos formais da impossibilidade de o menor cometer crimes e do desdobramento lógico da incidência de *bis in idem* pela previsão do parágrafo único do art. 288 do CP. Por fim, a partir do argumento suscitado por Cezar Bitencourt, poder-se-á investigar melhor a hipótese C.

4. A IMPOSSIBILIDADE DE SE CONTABILIZAR O MENOR NO *QUANTUM* DO CONCURSO NECESSÁRIO PELA IMPROPRIEDADE DE INTEGRÁ-LO EM QUALQUER HIPÓTESE NA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Nesta parte, no esteio do argumento proposto por Cezar Bitencourt, apresentar-se-á um argumento prático institucional. De acordo Struchiner e Shecaira (2016) os argumentos teóricos se diferenciam dos argumentos práticos, pois no segundo caso, a respeito da conclusão, busca-se estabelecer como as coisas devem ser, isto é, são apresentadas ‘conclusões normativas’ ou ‘prescritivas’.

É possível distinguir os argumentos práticos em: argumento institucional e argumento substantivo. O primeiro é um tipo de argumento que não apela livremente para aspectos axiológicos, mas à burocracia inerente às premissas, uma vez que estabelece conclusões através dos procedimentos previamente estabelecidos (STRUCHINER; SHECAIRA, 2016). Já o segundo, o argumento substantivo, é aquele que apela livremente para valorações morais, políticas, econômicas, dentre outras formas. Geralmente é um tipo de argumentação que se encontra nas conversas de bares – quando, por exemplo, alguém se incomoda que um político corrupto não foi preso – dizendo ser tal fato injusto e sinal de atraso político do país (STRUCHINER; SHECAIRA, 2016).

Note como Cleber Masson⁶ aborda a questão de o menor inimputável integrar a associação criminosa:

Com efeito, o menor inimputável deve apresentar um mínimo discernimento mental para ser computado como integrante da associação ilícita. Sirva-se como ilustração a artimanha corriqueiramente utilizada nas grandes cidades: uma criança contando com quatro anos de idade e explorada por assaltantes na prática de roubos em semáforos instalados em vias públicas. No momento em que o infante pede ajuda ao motorista do automóvel, que abre o vidro para lhe entregar o dinheiro ou comida, dois roubadores com armas em punho aproveitam-se da facilidade proporcionada pela

⁶ Cf. MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. v.3: parte especial, arts. 213 a359-H. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 400.

vítima e anunciam o assalto. Nessa hipótese, evidentemente, não se pode considerar a criança como membro da associação criminosa que na verdade não existe, em face da união de somente duas pessoas (MASSON, 2016 *apud* RAMOS, 2016, on-line).

É interessante observar que no caso proposto por Masson, a descaracterização da associação criminosa não se dá pelo critério da inimputabilidade, mas em função da falta de discernimento do menor ao colaborar com os agentes imputáveis para a consecução do roubo. Ocorre que se for modificado o exemplo, e colocado um menor com discernimento do fato-crime juntamente com outros dois agentes imputáveis para a prática do assalto, a doutrina – em sua grande maioria, e a jurisprudência –, entenderá ser caracterizada a associação criminosa, utilizando-se do inimputável para preenchimento do *quantum* do concurso necessário.

A ideia é que, nos casos envolvendo criança ou adolescente, em se tratando de adolescentes beirando a maioridade, parte da doutrina considerará contabilizá-los ao requisito mínimo da associação criminosa, tendo em vista que esse menor atuará com dolo e consciência ao estar fazendo parte da associação (RAMOS, 2016).

Conforme o entendimento de Masson e Greco, as hipóteses A e C seriam possíveis, incidindo impossibilidade apenas na hipótese B. Ou seja, os menores podem ser contabilizados ao requisito mínimo do delito de associação criminosa e podem ser integrados – mesmo que não compondo o requisito mínimo do tipo – juntamente com os imputáveis o respectivo crime, vedando-se tal hipótese apenas nos casos de menores sem discernimento dos fatos.

Novamente, perceba que esse tipo de argumentação é do tipo substantiva. Isto porque a conclusão pela procedência de se contabilizar os menores ao *quantum* do concurso necessário, dá-se pela constatação social de que as organizações criminosas têm se utilizado dos inimputáveis para formar associação criminosa, no intuito específico de cometer crimes. Assim, seria injusto não os contabiliza-los, uma vez que essas crianças ou adolescentes teriam pleno discernimento da associação e agiriam para tanto com dolo.

Apesar de aparentar ser um forte argumento, parece impreciso argumentar nesse lugar comum de entendimento. Em relação ao sistema jurídico-penal, alguns princípios e regras penais obstam essa visão conservadora, como se vê no caso do art.27 do ECA⁷ e também em função do *non bis idem*.

Considerando o seguinte argumento em relação às hipóteses A, B e C:

- I. A hipótese C é falsa (menores não podem integrar associação criminosa)
- II. Para que A seja verdadeira, C deve ser necessariamente verdadeira.

⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente.

III. Logo, a hipótese A deve ser necessariamente falsa.

Este argumento mantém que é impossível que se integre os menores mesmo nos casos em que já se tenha preenchido o *quantum* do concurso necessário. É que se os menores são inimputáveis, para fins técnicos, a palavra “integrar” não se traduz pela palavra “participar”.⁸

É possível afirmar que os inimputáveis participam da associação criminosa (considerando-a existente sem a participação dos menores), mas não se pode fazer o mesmo no quesito integrar. Por essa razão, se não podem os inimputáveis serem contabilizados mesmo na hipótese C, conclui-se que não poder-se-á fazer o mesmo na hipótese A.

Conforme o posicionamento da Sexta Turma do STJ, de relatoria do ministro Og Fernandes em que houve a negativa ao HC⁹ 197.501/SP (10/5/2011), é possível contabilizar menores inimputáveis para fins de concurso de agentes, pois o agravamento da punição se dá em função do maior risco que a pluralidade de agentes proporciona a integridade física e ao patrimônio alheio (SOUZA, 2011). Não se confunde aqui, o concurso necessário com o concurso de pessoas(eventual), sendo que o primeiro é relativo ao critério plurissubjetivo do fato-crime e o segundo referente ao concurso de agentes para a produção do resultado mais gravoso.

Portanto, a despeito do entendimento do STJ e da maioria dos doutrinadores penais, pode-se afirmar, por consequência lógica, que os menores (criança ou adolescente) não integram o *quantum* do concurso necessário do delito de associação criminosa, visto que não podem integrar – apenas participar –, mesmo quando já se tenha o critério plurissubjetivo preenchido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foi exposto as modificações no art. 288 do Código Penal provocadas pela Lei n°12.850 e discutido o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência sobre a possibilidade de menores integrarem o *quantum* do concurso necessário.

⁸ É preciso deixar claro tal diferenciação uma vez que a palavra “integrar” remete ao critério plurissubjetivo – ou seja – refere-se à exigência de um número específico de agentes para o cometimento do crime, todos imputáveis . Por outro lado, a palavra “participar” faz alusão à teoria do domínio do fato – isto é – à teoria que distingue aquele que pratica o núcleo do tipo penal e quem concorre com outros agentes para a produção do resultado gravoso.

⁹ *Habeas Corpus*

A partir da classificação doutrinária, foi feita uma breve diferenciação entre o concurso de pessoas e o concurso necessário e acusado a incidência de *bis in idem* na possibilidade da integração dos menores no delito do art. 288 do CP.

Considerou-se três hipóteses para fins de tipificação da associação criminosa:

- A. Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente), associam-se com um agente imputável no intuito específico de praticar crimes;
- B. Dois agentes inimputáveis (criança ou adolescente) – sem discernimento dos atos – , juntamente com um agente imputável, associam-se especificamente para cometer crimes;
- C. Três agentes imputáveis juntamente com agente inimputável (criança ou adolescente), associam-se especificamente para cometer crimes.

A partir disso, foi padronizado e analisado o argumento de Cezar Roberto Bitencourt sobre a impossibilidade de se integrar menores (criança ou adolescente) ao requisito mínimo para configurar associação criminosa. O argumento levantado por Bitencourt clarifica a inadequação de se considerar duplamente a participação dos menores inimputáveis no crime de associação criminosa: no *quantum* do concurso necessário e na causa de aumento de pena. Além de que todas as três hipóteses não se mostram adequadas: a hipótese B pela impossibilidade formal; a hipótese C pela inadequação do termo “integrar” – confundido com o termo “participar” que faz alusão a aspectos diferentes; e a hipótese A é inadequada pela incidência de *bis in idem* – sendo a primeira valoração na tipificação e a segunda na causa de aumento do parágrafo único –, e por consequência lógica dada impossibilidade da hipótese C.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Código Penal Brasil**. In Vademecum. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (120 ao 361). 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. v. IX, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Associação Criminosa – Artigo 288 do Código Penal**. Disponível em:
<<https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/433046609/associacao-criminosa-artigo-288-do-codigo-penal>>. Acesso em: 31 de ago. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RAMOS, Jéssica Talita Alves. **Questões jurídicas acerca dos integrantes de uma associação criminosa (art.288, CP)**. Disponível em:
<<https://conteudojuridico.com.br//consulta/Artigos/48480/questoes-juridicas-acerca-dos-integrantes-de-uma-associacao-criminosa-art-288-cp>>. Acesso em: 31 de ago. 2020.

SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. **Roubo. Concurso de agentes. Corréu menor. Configuração**. Disponível em:
<<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923086/roubo-concurso-de-agentes-correu-menor-configuracao>>. Acesso em 21 de set. 2020.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 197.501 SP 2011/0032527-8. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ 10/5/2011. **JusBrasil**, 2011. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21105394/habeas-corporus-hc-sp-2011-0032527-8-stj/certidao-de-julgamento-211053>>. Acesso em: 28 de ago. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 810.931 RS 2006/0004721-4. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 06/8/2007 p. 649. **JusBrasil**, 2007. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8921766/recurso-especial-resp-810931-rs-2006-0004721-4/inteiro-teor-14067861>>. Acesso em 28 de ago. 2020.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. **Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito**. Revista Teoria Jurídica Contemporânea, v.1, n.1, p. 126-143, jan/jun. 2016.

____. **Teoria da Argumentação jurídica**. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.