

**Da imprestabilidade da prova obtida através de etilômetro para o preenchimento do tipo penal do artigo 306 do CTB, face à inexistência de comprovação da elementar típica “concentração de álcool por litro de sangue”**

***Bruno César Gonçalves da Silva***<sup>1</sup>

*Advogado Criminalista*

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-Minas; Professor de Processo Penal na Pós-Graduação em Ciências Penais da Faculdade de Direito Milton Campos e na Pós-Graduação em Direito Processual do IEC PUC-Minas; Advogado Criminalista.

Na atual redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, determinada pela Lei 11.705/08, tem-se a descrição com clareza, rigor e taxatividade, em observância ao mandato constitucional da *lex certa*, dos pressupostos da incriminação penal em caso de embriaguez ao volante, constando da referida norma todos os elementos constitutivos do tipo, restando explicitado no *caput* do artigo o elemento descritivo "*estando com concentração de álcool **por litro de sangue** igual ou superior a 6 (seis) decigramas*".

Tem-se, portanto, que o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é explícito e taxativo ao fixar a concentração igual ou superior a 06 (seis) decigramas de álcool "**por litro de sangue**", como elementar típica imprescindível à configuração da infração penal.

Pois bem, no parágrafo único do artigo em análise, há previsão para que o Poder Executivo estipule "*a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo*". **Ou seja, estipulará a equivalência entre os testes capazes de comprovar a concentração de álcool "por litro de sangue"**.

Com a publicação do Decreto nº 6.488/08, fixou-se o seguinte parâmetro de equivalência: "*art. 2. Para os efeitos criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte: I – exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.*"

Para fins de preenchimento da elementar típica do artigo 306 do CTB, o que resta bastante óbvio, **é que o único teste com idoneidade para fins penais é o exame de sangue**, disciplinado no inciso I, do artigo 2º, do Decreto nº 6.488/08, pois o crime só se configurará com a comprovação de concentração igual ou superior a 06 (seis) decigramas de álcool "**por litro de sangue**" do condutor do veículo.

Já o etilômetro (bafômetro), não se configura em meio de prova hábil a comprovar e aquilatar a concentração de álcool "**por litro de sangue**", "pois, nos termos da própria regulamentação, o etilômetro utiliza meio e

medida diversos ao analisar a quantidade de álcool **por litro de ar expelido dos pulmões** do condutor.<sup>2</sup>

***Data venia, tratam-se de coisas absolutamente distintas, pois álcool no sangue é uma coisa e álcool no ar expelido dos pulmões é outra!***

Assim, uma vez que o tipo penal do artigo 306 do CTB é taxativo ao fixar que o crime somente se configura com concentração igual ou superior a 06 (seis) decigramas de álcool **“por litro de sangue”** do condutor do veículo e que a prova de tal elementar típica, por questões óbvias, somente pode ser feita através do exame do **sangue** daquele, impossível a responsabilização penal através do teste por aparelho que mede o **ar expelido dos pulmões**, já que, mediante escrupulosa observação do Princípio Constitucional da Reserva Legal, não se pode equiparar, **por analogia in malam partem**, concentração de álcool **“por litro de sangue”** com concentração de álcool **“por litro de ar expelido dos pulmões”**.

O parágrafo único do artigo 306 do CTB fala na equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, mas estes “distintos teste de alcoolemia” tem, todos eles, que serem aptos a comprovar a concentração de álcool **“por litro de sangue”** para que possam obter elementos de provas idôneos a comprovar o preenchimento da elementar típica, pois se o teste for capaz apenas de comprovar a concentração de álcool **“por litro de ar expelido dos pulmões”**, circunstância inexistente no tipo penal em análise, o mesmo servirá como prova apenas na esfera extra-penal.

Admitir o contrário, ou seja, tomar a comprovação da concentração de álcool **“por litro de ar expelido dos pulmões”** como análoga à comprovação da concentração de álcool **“por litro de sangue”**, é aceitar o emprego da **analogia in malam partem** no Direito Penal para os fins de tipificar uma conduta, em arrepio ao Princípio da estrita Reserva Legal, pois, em matéria penal, “a norma tem um limite linguisticamente insuperável, que é a máxima capacidade da palavra”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro”: algumas observações. *in*: Boletim IBCCRIM, ano 16, n° 189, agosto de 2008, p. 16.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul, BATISTA, Nilo, ALGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – vol I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 209.

Sabe-se que no cotidiano forense a presente abordagem acerca da violação ao Princípio da Reserva Legal tem passado despercebida pela grande maioria dos Operadores do Direito, realizando-se juízos de tipicidade da conduta de embriaguez ao volante com base no mero “teste do bafômetro”, sem se dar conta de que nestes casos a Teoria da Norma Penal está sendo completamente violada.

Os problemas decorrentes do consumo do álcool entre condutores de veículos são vários e tais problemas geram elevados custos sociais e conseqüências para os acidentados. Mas tais problemas, que merecem uma abordagem e tratamento multidisciplinar, não podem ser justificativa para a burla ao sistema de Princípios e Garantias Penais consagrados na Constituição Federal.

A burla ao Princípio da Reserva Legal proposta pelo artigo 2º, do Decreto nº 6.488/08, reflete um **utilitarismo penal**, de todo inaceitável. A necessária observância da taxatividade, da vedação da analogia *in malam partem*, e da interpretação restritiva dos tipos penais, impede que o elemento de prova obtido através do etilômetro – concentração de álcool expelido por litro de ar dos pulmões – sirva para tipificar um comportamento que exige no preceito primário da norma incriminadora prova da elementar descritiva “concentração de álcool **por litro de sangue**” do condutor.

Deste modo, tem-se **a imprestabilidade da prova obtida através de etilômetro para o preenchimento do tipo penal do artigo 306 do CTB, face à inexistência de comprovação da elementar típica “concentração de álcool por litro de sangue”.**

Referências bibliográficas:

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro”: algumas observações. *in*: Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 189, agosto de 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, BATISTA, Nilo, ALGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Braileiro – vol I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.