

APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. BUSCA PESSOAL EM VIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE DA MEDIDA. ACESSO A DADOS CONTIDOS EM CELULAR POR AGENTES POLICIAIS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE. BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONSENTIMENTO DO MORADOR. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA NÃO COMPROVADA. ILEGALIDADE CONSTATADA. NULIDADE DAS PROVAS DERIVADAS. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. IMPRESTABILIDADE DAS PROVAS. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA RETIFICADA. I. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para realização de busca pessoal, nos termos do art. 240, § 2.º, do Código de Processo Penal, é imprescindível a existência de fundada suspeita (justa causa), com fulcro em juízo de probabilidade devidamente justificado pelas circunstâncias do caso concreto, de que o acusado esteja em poder de drogas, armas ou objetos que indiquem a prática delitiva, sendo inexorável a referibilidade entre a medida e sua finalidade legal probatória, de forma a evitar abordagens e revistas exploratórias. II. Hipótese dos autos, em que a busca pessoal ocorrida em via pública foi realizada sem justa causa, baseando-se exclusivamente no tirocínio policial, sob o argumento de o réu aparentar nervosismo, bem como por estar em local dominado por facções criminosas, ressaltando-se que a busca não resultou na apreensão de objetos ilícitos. III. Sobre a obtenção de provas por agentes policiais mediante o acesso aos dados contidos em aparelho telefônico, “a jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (“WhatsApp”), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel.” (STJ. HC n. 372.762/MG, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 3/10/2017, DJe de 16/10/2017). IV. O Supremo Tribunal Federal fixou tese com repercussão geral (Tema 280) no sentido de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”. V. Caso concreto em que a apreensão das armas de fogo na residência do réu decorreu de busca domiciliar sem prévia autorização judicial e sem justa causa capaz de excepcionar a proteção da inviolabilidade do domicílio contida no art. 5º, XI, da Constituição Federal, decorrendo a medida de abordagem e busca pessoal ilegal, bem como de acesso a dados contidos no aparelho celular do acusado sem autorização da Poder Judiciário. VI. A ilicitude das diligências que resultaram na apreensão de armas de fogo na residência do réu, ocasionam a invalidade de todas as provas delas decorrentes, pois, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, aplicando-se ao caso a teoria da prova ilícita por derivação ou teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree). VII. Invalidadas as provas decorrentes da apreensão das armas de fogo que relacionam o réu ao crime tipificado no art. 12 da Lei nº 10.826/03, resta prejudicada a comprovação da materialidade do delito e, inexistindo outros elementos de convicção independentes a ratificar essa circunstância, a procedência do pleito absolutório é medida que se impõe. VIII. Apelação criminal conhecida e provida, para absolver o réu.

(ApCrim 0008994-34.2018.8.10.0001, Rel. Desembargador (a) GERVASIO
PROTASIO DOS SANTOS JUNIOR, 3ª CÂMARA CRIMINAL, DJe 08/08/2023)