

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

C&R

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Periodicidade: Trimestral

Direção: Luís Silva Morais • Paulo de Sousa Mendes

Presidência do Conselho Científico: António Ferreira Gomes • Eduardo Paz Ferreira

Presidência do Conselho de Redação: Catarina Anastácio

Conselho Consultivo: João E. Gata • Nuno Cunha Rodrigues

ANO IV • NÚMERO 16
OUTUBRO/DEZEMBRO 2013



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL IDEL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

O USO DE *MALWARE* COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA EM PROCESSO PENAL¹

David Silva Ramalho²

ABSTRACT: The use of malware as means of obtaining evidence has increased in the course of the past years due to its effectiveness to counter the anti-forensic measures adopted by cybercriminals. In Portugal, we believe that this investigatory tool was inserted in the Cybercrime Law as a technological device to be used in undercover operations. However, the terms in which this provision was foreseen lack clarity, precision and most of all respect for the defendant's rights, thus raising doubts as to its constitutionality.

SUMÁRIO: Introdução § 1. Apresentação do problema e razão de ordem. § 2. Plano de exposição. § 3. Delimitação conceptual. Capítulo I – *Malware*. § 1. Noção e modalidades. § 2. Processo de instalação e funcionamento. § 3. O *malware* como resposta às medidas anti-forenses. Capítulo II – Origem e evolução da utilização de *malware* como ferramenta de investigação criminal em ambiente digital. § 1. A experiência norte-americana: o *Magic Lantern* e o CIPAV. § 2. A experiência alemã: vicissitudes do *Bundestrojaner*. § 3. O regime espanhol vigente e o Projeto *Gallardón*. § 4. A propensão para a consagração do *malware* como meio de obtenção de prova em ambiente digital: o Projeto HIPCAR e a Diretiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Capítulo III – A utilização de *malware* e a Lei do Cibercrime. § 1 (In)aplicabilidade direta do regime das interceções de comunicações e da pesquisa de dados informáticos. § 2. A utilização de *malware* no contexto de ações encobertas em ambiente digital. § 3. A utilização de *malware* como medida restritiva de direitos fundamentais e consequente necessidade de densificação normativa. § 4. Sindicância da prova obtida através do uso de *malware*. § 5. Conclusões. Bibliografia.

1 O artigo que ora se apresenta encontra-se atualizado com elementos factuais e bibliográficos até outubro de 2013.

2 Advogado, Investigador no Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Fellow no Tech and Law Center de Milão. Contacto do autor: dsr@servulo.com.