

# A LIBERDADE DE CIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto  
jpamorim@pa-advogados.pt

(recebido em 18 de Abril de 2010; aceite em 30 de Junho de 2010)

**Abstract.** On the Portuguese constitution, the science concept is guaranteed, on terms of the article 42º, including not only the activity of creation, but also of investigation and theorization. For that it's just necessary the presence of science's characteristics as their won method and their won finalities.

On terms of the 42º article, nº 2 is also guaranteed the result of all intellectual creations. Not only the science, as fundamental investigation, it's protected, but also the technique, because, on the end off, the technique it's a scientific practical investigation.

The norm of article 42 º also protects the science teaching.

The liberty of science it's not just a defensive right but includes active measures of protection, a right to receive subventions and the scientist right to protect himself inside a due administrative organization and through a due administrative process of law.

**Palavras-chave:** liberdade científica e tecnológica; criação, investigação, teorização e ensino científicos; dimensões subjectiva e objectiva dos direito fundamentais.

## 1. O ART.º 42.º CRP: INSERÇÃO SISTEMÁTICA E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

### 1.1. O art.º 42.º e demais disposições constitucionais com ele conexas

A liberdade de ciência está consagrada no art.º 42.º da Constituição portuguesa de 1976, pela primeira vez de forma directa e expressa na nossa história constitucional. Sob a epígrafe “Liberdade de criação intelectual”, dispõe o n.º 2 do referido artigo: “1. *É livre a criação intelectual, artística e científica.* 2. *Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor*”.

A redacção destas disposições de direito fundamental (e nomeadamente a do n.º 1 do artigo), sendo muito semelhante à da homóloga norma da Constituição espanhola de 1978<sup>1</sup>, está todavia mais próxima da canónica fórmula «weimariana» adoptada pelas actuais leis fundamentais alemã e italiana; e nessa medida verificasse também maior abertura do teor literal no preceito à dimensão objectiva do direito fundamental nele tutelada<sup>2</sup>.

Outras disposições conectam-se ainda de forma estreita com o art.º 42.º CRP, acautelando explicitamente a referida dimensão objectiva da liberdade de ciência. É desde logo o caso do art.º 73.4 CRP: “*A criação e a **investigação científica**, bem como a **inovação tecnológica**, são incentivadas e apoiadas pelo Estado, de forma a assegurar a respectiva **liberdade e autonomia**, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas*”. Mas também o da al. j) do art.º 81.º (“Incumbência prioritárias do Estado”): “*Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social*: ...j) “*Assegurar uma **política científica e tecnológica** favorável ao desenvolvimento do país*”<sup>3</sup>. E, ainda, o da al. d) do art.º 74.2 CRP (“Ensino”): “*Na realização da política de ensino incumbe ao Estado: ... d) “Garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da **investigação científica** e da criação artística*”.

Uma íntima ligação com estas disposições apresenta por sua vez o art.º 76.2 CRP, nos termos do qual “*As universidades gozam, nos termos de lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade do ensino*”.

Enfim, não se pode ignorar a proximidade da liberdade de criação científica relativamente ao bloco constituído pelas liberdades de expressão, informação e comunicação (art.ºs 37.º, 38.º, 39.º e 40.º)<sup>4</sup>, pela liberdade de consciência, religião e culto (art.º 41.º), que a precedem todas elas imediatamente no texto constitucional<sup>5</sup>,

---

1 O constituinte espanhol inspirou-se inclusive no art.º 42.º da nossa Constituição.

2 Em vez do “reconhece-se o direito a” (ou “de”) da Constituição espanhola, que é o enunciado típico da consagração de direitos subjectivos ou de liberdades, temos a ciência ou criação científica como referente directo da liberdade proclamada – o que propicia a sublimação do valor comunitário que ostenta a mesma ciência, para além do benefício que representa para o seu titular como espaço de liberdade face a ingerências estranhas (i. é, como mero direito subjectivo de defesa).

3 Esta articulação entre os art.ºs 42.º, 73.4 e 81.º j) CRP é sublinhada por JORGE LACÃO, em Constituição da República Portuguesa. 5.ª Revisão, 2001, Lisboa, 2001, p. 122.

4 Para GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, estas liberdades constituem manifestações particulares da liberdade expressão do pensamento, podendo todavia relativamente a esta genérica liberdade “exigir um reforço de protecção” (Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição, Coimbra, 1993, pp. 246-247).

5 Sublinham entre nós a “íntima conexão” da liberdade de ciência com as liberdades de expressão do pensamento e de consciência GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, na sua Constituição anotada, cit., p. 247.

pela liberdade de ensino (art.º 43.1) – consagrada logo no artigo seguinte –, e ainda pela liberdade de profissão (art.º 47.1).

**1.2. Liberdade de ciência, liberdade de criação intelectual e liberdade de criação cultural; âmbito de protecção do direito: a unificação conceptual do resultado ou objectivação de todas as criações intelectuais levada a cabo pelo n.º 2 do art.º 42.º**

Para além das tradicionais liberdades artística e científica que também nos surgem como “companheiras de caminho” noutros textos constitucionais de referência como o italiano, o alemão e o espanhol, fala-nos ainda o art.º 42.º CRP numa liberdade de “criação intelectual”, e reúne todas as três sob a epígrafe “liberdade de criação cultural”.

Parece-nos todavia que na lei fundamental portuguesa, como nas demais constituições culturalmente próximas da nossa, sob o signo comum da “cultura” continuam a existir apenas dois distintos âmbitos de protecção (a actividade artística e a actividade científica) tutelados por duas diferentes liberdades (a liberdade artística e a liberdade científica).

Com efeito, a expressão “criação intelectual” reporta-se a um conjunto mais vasto de realidades tuteladas pelo “denominado bloco das liberdades do pensamento ou liberdades de conteúdo intelectual”, liberdades estas que se configuram sobretudo como direitos subjectivos individuais que requerem “ausência de interferências ou intromissões das autoridades no processo de comunicação”<sup>6</sup>, e que são as já citadas liberdades de expressão ou comunicação e de informação (art.ºs 37.º, 38.º, 39.º e 40.º CRP), a liberdade de consciência, religião e culto (art.º 41.º CRP), a liberdade de ensino (art.º 43.º CRP) e ainda a liberdade de profissão (art.º 47.1 CRP).

Em suma, e para além das liberdades artística e científica, todas as outras disposições jusfundamentais que se acaba de referir protegem igualmente criações do intelecto ou do espírito; donde se conclui que esta referência à liberdade de criação intelectual no interior do art.º 42.º CRP é manifestamente desajustada e vazia de conteúdo útil: ela apenas teria razão de ser como epígrafe de um sub capítulo (se o houvesse) que neste capítulo dos “direitos, liberdades e garantias pessoais” agrupasse todas as mencionadas liberdades.

Note-se que também a redacção do n.º 2 do artigo 42.º CRP (na parte do “direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária e artística”) não é muito feliz. Comece-se por se dizer que é indubitável o pretender o dito n.º 2 abranger no seu âmbito de protecção quer, por um lado, o invento ou invenção (patentes, modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais, etc.), incluindo a

---

<sup>6</sup> F. J. GÁLVEZ MONTES, *Comentário ao art.º 20.º da Constituição Espanhola*, in «Comentários a la Constitución», obra colectiva, dir. Garrido Falla, F., 3.ª ed., Madrid, 2001, p. 463.

respectiva aplicabilidade industrial (pois de outra forma não se explica a utilização dos termos “invenção” e “produção”), quer, por outro lado, as *obras de texto* (científicas – em sentido amplo – e literárias) e ainda as obras *artísticas*.

Todavia, o invento ou invenção, sendo qualificável como “obra” susceptível de “*produção em massa*”, já não se ajusta inteiramente ao predicado “científica” (pois trata-se mais propriamente de um resultado da técnica ou ciência aplicada); e as obras de texto e de arte, sendo *divulgáveis* respectivamente através da respectiva publicação ou exposição, repita-se, são “criadas”, e não “inventadas”, e *publicadas* ou *reproduzidas*, ou *expostas*, e não “produzidas”.

Malgrado estas deficiências semânticas, parece-nos fora de dúvida o proceder este n.º 2 do art.º 42.º CRP a uma unificação conceptual ou de natureza do resultado ou objectivação de todas as criações intelectuais, devendo-se entender por conseguinte que a referência à “protecção legal dos direitos de autor” abrange não apenas os autores das obras de texto e das obras de arte, mas também os autores das invenções ou inventores.

### **1.3 Conceito constitucional de ciência: a ciência não apenas enquanto actividade de produção e criação, mas também e ainda enquanto investigação e teorização, como objecto de protecção da norma; as características individualizadoras do método próprio, da finalidade prosseguida e da susceptibilidade de valoração**

Mas a nossa crítica à redacção do art.º 42.º CRP não se fica pelas breves considerações que se acaba de tecer. Naturalmente – e uma vez que nesta matéria o constituinte espanhol se inspirou na “liberdade de criação cultural” consagrada no texto constitucional português – justificam-se ainda no que respeita à disposição em análise da nossa Constituição as mesmíssimas reservas levantadas pela doutrina do país vizinho à redacção do preceito homólogo do seu texto constitucional. Na verdade, e de modo similar, a redacção do art.º 42.1 CRP não é “suficientemente expressiva” da “real extensão” da norma<sup>7</sup>, devendo ter sido a ciência ou actividade científica *tout court* o explícito objecto de protecção – ou seja, não tanto como “produção e criação”, que são fruto da dita actividade, mas sobretudo como actividade em si mesma considerada, a saber: (como) investigação<sup>8</sup> e como teorização.

De qualquer forma, a criação científica, para além da actividade de teorização, pressupõe ou implica ainda o processo dinâmico da investigação àquela conducente, sendo a mesma investigação também objecto da protecção conferida pelo art.º 42.1

---

7 F. J. GÁLVEZ MONTES, Comentário ao art.º 20.º..., cit., p. 464.

8 O. ALZAGA VILLAAMIL, Comentario sistemático a la Constitución española de 1978, Madrid, 1978, p. 217

CRP<sup>9</sup>. A criação científica comporta sempre, pois, uma actividade espiritual (teorização) e material (investigação)<sup>10</sup>. Note-se, a propósito, que o art.º 13.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sob a epígrafe «Liberdade das artes e das ciências», refere apenas e explicitamente a investigação científica (“*As artes e a investigação científica são livres.*”).

Os conceitos de ciência e de investigação são na verdade indissociáveis: segundo a noção de ciência que nos dá A. Orsi Battaglini (uma noção *dinâmica*, ainda que – não deixe de se notar – mais ajustada às chamadas ciências naturais), traduz-se a dita ciência precisamente na “investigação da realidade desvinculada de toda a hipoteca de tipo religioso ou metafísico”, de uma realidade dotada de “um estatuto objectivo próprio” – constituindo a razão “o instrumento *de per se* idóneo para indagá-la” por “corresponder o seu estatuto” ao da mesma realidade (a qual funciona assim “como um sólido e estável referente «objectivo»” daquela e “como critério de verificação das suas hipóteses”)<sup>11</sup>.

Ainda nas palavras do autor que se acaba de citar – e entrando agora no cerne do conceito constitucional de ciência – “a ciência é *descoberta* das leis da realidade, é acumulação progressiva de conhecimento, é *progresso*: e do progresso da ciência deriva, como da fonte originária, um mais extenso controlo da natureza, e em definitivo melhores condições para o homem”<sup>12</sup>.

Uma noção mais universal (ainda que com maior enfoque nos resultados da investigação) é-nos dada pelos autores espanhóis: segundo J. García Fernández, será ciência todo o “conjunto de conhecimentos fornecidos pela observação e pela experimentação que, em conformidade com uma determinada metodologia, e frequentemente, com uma concepção do mundo, contribuem para transformar a

---

<sup>9</sup> Em termos próximos, relativamente ao homólogo preceito da Constituição espanhola, ver F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, autor que considera a (liberdade de) investigação científica “assimilável” à criação científica (La autonomía de las Universidades como derecho fundamental: la construcción del Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1991, p. 94). Também entre nós GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, a propósito da dimensão do “incentivo e apoio à criação e investigação científicas e à inovação tecnológica” se referem à liberdade consagrada no art.º 42.º CRP como uma “liberdade de criação e investigação científicas (Constituição Anotada, cit., p. 363).

<sup>10</sup> BVerfGE 35, 79 (113), apud J. L. CARRO, *Polémica y reforma universitaria en Alemania. Libertad científica. Cogestión. «Númerus clausus»*, Madrid, 1976, p. 50.

<sup>11</sup> A. ORSI-BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, «Nuove dimensioni nei diritti di libertà: scritti in onore di Paolo Barile», CEDAM, Pádua, 1990, p. 92.

<sup>12</sup> A. ORSI BATTAGLINI, op. cit., loc. cit.. Como sublinha também entre nós J. M. CARDOSO DA COSTA, este mesmo “progresso científico e tecnológico – sobretudo na medida em que respeita aos próprios mecanismos da vida do Homem e em que se traduz em mudanças tão sensíveis das condições (físicas, económicas, sociais, etc.) no seio das quais se desenvolvem a vida e a convivência humana, chegando ao ponto de pôr em causa as representações culturais até aqui aceites sem reservas – suscita perplexidades e interrogações no seio da comunidade jurídica, colocando ainda questões novas de legitimidade dos comportamentos (individuais e colectivos) que o direito e o pensamento jurídico não podem ignorar” (Constitution et progrès scientifique et technique, BFDUC, n.º 68, 1992, pp. 87-88).

percepção do meio envolvente físico, psíquico e social do homem e, por conseguinte, o grau de domínio que tem este sobre esse meio envolvente”<sup>13</sup>.

Para L. Martín Retortillo-Baquer, por seu turno, a aceção constitucional de ciência “permite que se possa falar de ciências jurídicas, ciências sociais, etc.”, não sendo “a imutabilidade das leis ou a normal previsibilidade dos desenvolvimentos ulteriores o único factor que autoriza a usar a expressão” – pelo que se reconduzirão ao conceito de ciência a “profundidade de conhecimentos, a criação de conceitos, a explicação de significados, a reelaboração de dados, a tendência expansiva que permite preencher as lacunas, enfim, a possibilidade de elaborar um sistema”<sup>14</sup>.

Enfim, nas definições mais sintéticas de outros autores, a ciência será caracterizável nas suas vertentes de teorização e investigação “como um processo discursivo, metódico, racional e mensurado, alheio a qualquer valor estranho à própria ciência e não demonstrado por esta”<sup>15</sup>, ou, mais resumidamente, como “o conjunto de actividades levadas a cabo de forma sistemática, com vista a aumentar o caudal de conhecimentos incluindo, eventualmente, a sua aplicabilidade”<sup>16</sup> ou ainda “como o reconhecimento metódico e sistemático da realidade ou de qualquer das suas zonas”<sup>17</sup>.

Esta noção ampla de ciência não é propriamente pacífica: como diz Arthur Kaufmann, “pode-se, naturalmente, ter discussões intermináveis (e estas têm efectivamente lugar) sobre se só as ciências exercidas matematicamente são, realmente, «ciências»” – e neste caso não o seria, por exemplo, a ciência do direito<sup>18</sup>. Mas o factor decisivo, e que a nosso ver terá sido levado em conta pelo constituinte, é que para além das ditas ciências “matematicamente exercidas”, também noutros ramos do conhecimento dedicados ao espírito e à cultura (como, e tomando ainda o mesmo exemplo, os da ciência do direito e da filosofia do direito) se torna indiscutível a existência de “critérios de verosimilhança, de evidenciação, de falsificação e, assim, base para uma *argumentação «razoável»* bem como para

---

13 J. GARCÍA FERNÁNDEZ, Art.º 44.2. Fomento de la ciencia, in Oscar Alzaga (org.), «Comentarios a la Constitución Española de 1978», Tomo IV (art.ºs 39.º a 55.º), Madrid, 1996, p. 227. Como o autor esclarece, esta noção é próxima da de MAX WEBER, para quem a ciência “1) proporciona conhecimentos sobre a técnica que, mediante a previsão, serve para dominar a vida; 2) proporciona métodos para pensar; 3) traz claridade; 4) deriva de uma visão do mundo” (El político y el científico, trad. F. Rubio Llorente, Madrid, 1967, pp. 221-223).

14 A vueltas con la Universidad, Madrid, 1990, p. 96.

15 MIRIAM CUETO PÉREZ, Régimen jurídico de la investigación científica: la labor investigadora en la Universidad, Barcelona, 2002, p. 66.

16 R. MARTÍN MATEO, La Administración de la Ciencia, Madrid, 1980, p. 13.

17 MANUEL ANTUNES, Ciência, in «Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura», Editorial Verbo, Lisboa-São Paulo, vol. VI, 1998, p. 1246.

18 Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, ARTHUR KAUFMANN & WINFRIED HASSEMER (org.), 6.ª edição, tradução do alemão de Marcos Keel e Manuel Secca de Oliveira, dir. António Manuel Hespanha, Lisboa, 2002, p. 98.

um *consenso intersubjectivo*” – fazendo por isso sentido “falar, também aqui, de «conhecimentos e de «ciência»”. E nota ainda A. Kaufmann o não existir obviamente nestes domínios “uma «racionalidade» no sentido de exactidão matemática”; não obstante, não quer isto dizer “que aí se proceda «irracionalmente»...: uma investigação também não é irracional por se ocupar de fenómenos que, pela sua parte, não são inteiramente racionais”<sup>19</sup>.

Enfim, pesem as referidas dificuldades na precisa identificação e caracterização do objecto da tutela da disposição de direito fundamental em análise, retira-se de todo o modo deste conjunto de noções, que a ciência ou actividade científica se caracteriza (assim se distinguindo dos outros géneros de conhecimento) por ter um *método* próprio (o «método» científico do conhecimento) e pela *finalidade* prosseguida (a “investigação desinteressada da verdade”)<sup>21</sup> – sendo ainda *valorável* (“valor objectivo das aquisições científicas”)<sup>22</sup>, o que implica uma gradação ou modulação de substância em função de uma maior ou menor “cientificidade”<sup>23</sup>.

Especifique-se ainda – e para rematar este ponto – que a verdade procurada deve ser aqui entendida como aquele conjunto de “regras que descobrem, com constância e regularidade, homogêneas modalidades de actuação no tempo e no espaço” – orientando-se a actividade de investigação científica “para a verificação das modalidades de actuação destas regras”<sup>24</sup>; e que a legitimidade para aferir o “valor objectivo das aquisições científicas” é exterior ao titular do direito, cabendo

---

19 ARTHUR KAUFMANN, Introdução..., cit., p. 98.

20 Introdução..., cit., pp. 98-99. O autor ilustra a sua proposição novamente com o exemplo da hermenêutica jurídica: ainda segunda as suas palavras, esta “é uma ciência plenamente racional, se bem que – não: precisamente porque – não trate o processo de determinação do direito como uma pura conclusão lógico-formal, mas como um processo muito mais complexo, que também compreende momentos produtivos, dialécticos, porventura até intuitivos”, pelo que “irracional é fechar os olhos perante estes momentos”. Naturalmente, continua KAUFMANN, uma ciência não se pode colocar “em confronto com a lógica”; mas como é óbvio “uma ciência que não se ocupa apenas do formal, tem de ir para além da pura lógica formal”, apenas lhe sendo interdito o “exceder a razão” (Introdução..., cit., p. 99).

21 G. CORREALE, Libertà della scienza e limiti all’ordinamento universitario, «DeS», n.º 3, 1988, p. 423.

22 F. MERLONI, Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica, Milão, 1990, p. 8.

23 Sobre a distinção levada a cabo pelas escolas neo-kantianas de Marburg e de Baden (GUSTAV RADBRUCH) no princípio do séc. XX entre por um lado as ciências da natureza (Naturwissenschaften) em sentido amplo (com inclusão das ciências sociais, na medida em também estas últimas se limitam a descrever a realidade social), e por outro lado as ciências da cultura (Kulturwissenschaften) ou ciências do espírito (Geisteswissenschaften) – categoria a que se reconduz a ciência jurídica –, no sentido de terem estas últimas face àquelas uma autonomia gnoseológica e epistemológica, utilizando “métodos intelectuais diferentes dos métodos das ciências sociais” mas nem por isso cientificamente menos válidos, ver ANTÓNIO M. HESPAÑA, Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio, 3.ª ed., Lisboa, 2003, pp. 306-309.

24 G. CORREALE, op. cit., loc. cit.

designadamente à comunidade científica internacional<sup>25</sup> (não obstante, como melhor se dirá adiante, as formais habilitações e qualificações correspondentes a essa valoração competirem em *ultima ratio* a órgãos administrativos cujo carácter científico não traduz sempre e necessariamente uma sua plena identificação com a mesma comunidade científica internacional)<sup>26</sup> .

Fica assim assente que não é científica toda e qualquer actividade cognoscitiva que reclame esse predicado (como por exemplo a astrologia e demais “ciências esotéricas”)<sup>27</sup> , mas tão só aquela como tal identificável atendendo nomeadamente aos respectivos *método* e *finalidade*; e que a cientificidade, depois de se “dar por adquirida”, é ainda susceptível de *valoração* – podendo por consequência variar em função dessa valoração o grau de protecção e sobretudo de promoção constitucionalmente garantidos, com a consequente introdução de diferenciações na aplicação da mesma disposição jusfundamental em razão do mérito de cada titular da liberdade em análise.

Quanto ao mais, entramos no espaço de liberdade totalmente “protegido por igual”, e portanto no domínio da livre escolha. A liberdade de ciência abrange assim na sua dimensão negativa a livre escolha do *objecto* da investigação, da *forma*, dos *fins* (no sentido mais imediato dos resultados que se pretende alcançar com os trabalhos de investigação), do *tempo*, dos *instrumentos* de trabalho, da *orientação* e do *método* da pesquisa científica (confinando-se naturalmente a escolha ao leque de métodos científicos alternativos)<sup>28</sup> ; e na sua dimensão positiva, como melhor veremos adiante, o acesso aos meios<sup>29</sup> .

---

25 Note-se que esta dimensão internacional da comunidade científica é objecto de expresso reconhecimento pelo nosso legislador: no preâmbulo de um diploma tão importante no direito português da ciência como o DL 123/99, de 20 de Abril (Estatuto da Carreira de Investigação Científica), justificase a adopção do concurso externo como forma de recrutamento dos investigadores pelo facto de implicar a actividade de investigação “a realização de acções pluridisciplinares desenvolvidas por um corpo de investigadores altamente qualificados e integrados na comunidade científica nacional e internacional” (sublinhado nosso).

26 F. MERLONI, op. cit., loc. cit.

27 Como é óbvio, todas estas actividades que se excluem do conceito de ciência não deixam por isso de estar constitucionalmente protegidas; simplesmente elas caem apenas no âmbito de protecção das disposições de direito fundamental que tutelam as liberdades de expressão e consciência.

28 S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, 1979, p. 50, F. MERLONI, *Autonomie...*, cit., p. 4, ANNA ACCARDO, *Ricerca scientifica e università nella prospettiva europea*, Pádua, 1993, p. 4 e A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica ...*, cit., p. 90.

29 A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica ...*, cit., p. 90.



#### 1.4. Conceito constitucional de ciência (cont.): ciência e técnica, investigação fundamental e investigação aplicada ou susceptível de aplicação

Questão que se coloca também na nossa “Constituição científica” é a de se saber se o conceito constitucional de ciência inclui apenas a *ciência* propriamente dita ou “pura” (e nomeadamente a chamada “investigação fundamental”) – como se poderia porventura inferir do teor literal do art.º 42.1 CRP, se atendermos designadamente à ausência de uma referência expressa à técnica (diferentemente do que sucede por exemplo com o texto dos homólogos preceitos das Constituições italiana e espanhola) e ainda ao enfoque na vertente “criativa” da ciência –, ou se abarca também e ainda a *técnica* ou ciência aplicada, nomeadamente a investigação “não fundamental” ou “aplicada” (ou susceptível de aplicação) e os respectivos resultados<sup>30</sup>.

Não obstante o dito teor literal do art.º 42.1 CRP (que pode ser entendido no sentido de acentuar a componente espiritual ou criativa, em detrimento da “material”) a nossa resposta inclina-se decididamente no sentido da ampliação do âmbito de protecção do direito fundamental em análise à ciência aplicada, uma vez que os argumentos favoráveis à mesma ampliação são, como se passa a demonstrar, de muito maior monta.

Desde logo, se se acolher o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência constitucionais germânica e italiana, de que a invenção resultante da investigação ou a obra de arte criada consubstanciam respectivamente uma “objectivação”, “resultado” ou “produto” do exercício respectivamente dos direitos<sup>31</sup> fundamentais de liberdade científica e artística, estando por isso “garantidos

---

30 Segundo a definição de JOHN R. BAKER, enquanto a ciência “exprime um conjunto organizado de conhecimentos demonstráveis acerca do Universo”, a técnica consiste numa “codificação das aplicações de uma grande parte desses conhecimentos ao bem-estar humano do ponto de vista material” (CABRAL DE MONCADA, *Ciência e totalitarismo*, in «Estudos Filosóficos e Históricos», vol. I, p. 313, com referência a JOHN R. BAKER, *A Ciência e o Estado planificado*, «Revista Biblos», vol. XXIII, tomo II, 1947).

Também GIOVANNI DE CESARE fala de duas grandes e distintas colectividades de cientistas “mais ou menos diferenciadas: numa, os indivíduos que a compõem dedicam-se essencialmente à aquisição de novos conhecimentos; segundo uma cómoda terminologia, diremos que se dedicam à «investigação científica fundamental»; na outra, os indivíduos dedicam-se à invenção e ao aperfeiçoamento das máquinas ou dos bens de consumo; corresponde-lhe, ainda segundo o vocabulário tradicional, o que se chama «investigação científica aplicada» (L’organizzazione della ricerca scientifica: aspetti problematici ed organizzativi, in «Riv. It. Sc. Giur.», 1969, p. 2).

31 De modo similar a dos supra referidos ordenamentos constitucionais de referência, no quadro da nossa Constituição científica “o resultado da actividade científica do ponto de vista económico constitui um elemento que reentra, lato sensu, na promoção da ciência”; e por conseguinte também entre nós “a disciplina jurídica de tal utilização, destinada a garantir a vantagem do autor do próprio resultado” se reconduz necessariamente “à concepção da intervenção pública em sentido activo, a favor do desenvolvimento da actividade científica” (S. LABRIOLA, *Libertà di scienza...*, cit., p. 68). Recorde-se a este proposto uma importante sentença do Tribunal Constitucional italiano de 1978 (Sentença n.º 20 de

jurídico-objectivamente na pessoa titular” de tais direitos fundamentais<sup>32</sup> (entendimento esse que *a fortiori* parece ser de subscrever entre nós<sup>33</sup>) então pela mesma ordem de razões obrigatória é a conclusão de que constitui genericamente objecto da protecção constitucional não apenas a ciência pura, mas ainda a investigação aplicada e os respectivos resultados, o mesmo é dizer não apenas o trabalho de «investigação fundamental» como a etapa sucessiva da «investigação aplicada», e não a *investigação tout court*, mas também ainda o seu *resultado*<sup>34</sup> – em suma, não apenas a *ciência* (ou criação científica) mas também a *técnica* (ou criação técnica).

Para além disso, se é um facto que o art.º 42.º CRP fala apenas em “criação científica” (n.º 1) e em “obra científica” (n.º 2), e não em “criação científica e técnica”, como o art.º 20.1 *b*) da Constituição espanhola, a verdade é que tal omissão acaba por ser suprida pelas outras disposições constitucionais que (e como já foi assinalado) com esta se conectam estreitamente, como são os casos do art.º 73.4 CRP (“*A criação e a investigação científicas, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado, por forma a assegurar a respectiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas*”) e da al. *j*) do art.º 81.º (“*Incumbência prioritárias do Estado*”: “*Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social*”: ...*j*) “*Assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país*”).

---

20 de Março de 1978) que declarou a inconstitucionalidade de uma norma que excluía os medicamentos do regime de protecção dos direitos privativos de propriedade industrial (Art.º 14.º do R. D. de 29 de Junho de 1939) por ser ela contrária ao art.º 9.1 CI. O Tribunal fundamentou esta sua decisão no entendimento de que se traduziria tal regime de protecção num objectivo incentivo à investigação científica que constituiria directa execução daquela disposição de direito fundamental, na medida em que seria a atribuição de direitos privativos nesta matéria uma forma de possível cobertura a posteriori das despesas realizadas com a mesma investigação – pelo que uma norma que afastasse tal regime legal relativamente a todo um campo de actividade científica como o dos medicamentos seria por definição contrária à dita disposição constitucional (ref. de F. MERLONI, *Autonomie e libertà...*, cit., p. 387, nota 55).

32 SCHOLZ, *Grundgesetz Kommentar*, apud A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal e jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Madrid, 1994, p. 72.

33 Dada a expressa inserção nestas liberdades do “direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária e artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor” operada pelo n.º 2 do mesmo art.º 42.º CRP, de resto como vimos numa linha de continuidade com a nossa história constitucional – malgrado a ambiguidade do texto, como acima referimos.

Não há portanto entre nós qualquer fundamento para contestar tal alcance do art.º 42.º CRP, como acontece na Alemanha – onde não faltam as vozes dissidentes que partem ainda do princípio de que só a “ciência pura”, e não a “investigação aplicada”, é objecto de protecção do art.º 5.3 GG, excluindo por isso do respectivo âmbito a utilização industrial dos resultados científicos (cf. A. KÖTGEN, *Die Freiheit der Wissenschaft*, p. 314, e H. VON MANGOLDT & F. KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, p. 256, apud GIUSEPPE DI GENIO, *Università e alta cultura in Germania*, Nápoles, 1993, p. 83).

34 MIRIAM CUETO PÉREZ, *Régimen jurídico...*, cit., p. 66.

Enfim, de todo o modo, e como vimos, no plano das realidades a que se reportam os conceitos em questão, são cada vez mais ténues as distinções entre investigação fundamental e investigação não fundamental, e entre criação ou investigação científica e criação ou investigação técnica, o que leva alguma doutrina a sustentar a inexistência hoje também no plano jurídico de qualquer “separação e hierarquia entre ciência pura e ciência aplicada”<sup>35</sup> – só se podendo afirmar por conseguinte com alguma segurança, segundo esses autores, que enquanto na primeira “prevalece o fim da investigação”, na segunda prevalece “o contexto no qual ela se desenvolve”<sup>36</sup>.

Pelo que, e mesmo que se admita alguma zona de dúvida, quanto mais não seja por força do princípio da máxima efectividade das normas consagradoras de direitos fundamentais, forçoso é o entendimento de que a tutela constitucional se estende ainda “ao âmbito das estruturas e das realidades operativas que tenham por si mesmas uma natureza e uma finalidade aplicativas” ou práticas<sup>37</sup>, justificando-se a eficácia da norma constitucional “qualquer que seja a sede na qual se desenvolva a actividade de investigação”<sup>38</sup>. O objecto do direito fundamental consagrado no art.º 42.º CRP acaba assim por ser “a investigação em si mesma considerada”<sup>39</sup>.

Não deixe de se ressaltar, contudo, que a ciência pura ou em sentido estrito, “a ciência antes do mais compreendida como corpo de saberes que se reportam às leis gerais de funcionamento da realidade” (a que corresponde a chamada «investigação fundamental») se coloca “numa posição supraordenada relativamente aos saberes parciais, sectoriais, aplicativos” (a que corresponde a dita “investigação não fundamental”), estabelecendo-se assim dentro deste conceito mais amplo de ciência “uma ordem hierárquica, descendente e dedutiva”<sup>40</sup>.

### **1.5. Conceito constitucional de ciência (cont.): ciência e técnica, investigação fundamental e investigação aplicada ou susceptível de aplicação**

Questão que se coloca também na nossa “Constituição científica” é a de se saber se o conceito constitucional de ciência inclui apenas a *ciência* propriamente dita ou “pura” (e nomeadamente a chamada “investigação fundamental”) – como se

---

35 M. NIGRO, Lo Stato italiano e la ricerca scientifica, profili organizzativi, «RTDP», 1972, p. 742.

36 S. LABRIOLA, idem, cit., p. 37. Também *ipsis verbis* (apenas citando a fonte no início da exposição) L. SAPORITO, La ricerca scientifica, in Santaniello, G. (org.), «Trattato di Diritto Amministrativo», v. XVII, Pádua, 1993, p. 8.

37 S. LABRIOLA, Libertà di scienza..., cit., p. 36. Também *ipsis verbis* (apenas citando a fonte no início da exposição) L. SAPORITO, La ricerca scientifica, cit., p. 8.

38 Ibidem, ibidem.

39 S. LABRIOLA, Libertà di scienza..., cit., p. 38, e L. SAPORITO, idem idem, *aspas aspas*.

40 A. ORSI BATTAGLINI, Libertà scientifica ..., cit., p. 92.

poderia porventura inferir do teor literal do art.º 42.1 CRP, se atendermos designadamente à ausência de uma referência expressa à técnica (diferentemente do que sucede por exemplo com o texto dos homólogos preceitos das Constituições italiana e espanhola) e ainda ao enfoque na vertente “criativa” da ciência –, ou se abarca também e ainda a *técnica* ou ciência aplicada, nomeadamente a investigação “não fundamental” ou “aplicada” (ou susceptível de aplicação) e os respectivos resultados<sup>41</sup>.

Não obstante o dito teor literal do art.º 42.1 CRP (que pode ser entendido no sentido de acentuar a componente espiritual ou criativa, em detrimento da “material”) a nossa resposta inclina-se decididamente no sentido da ampliação do âmbito de protecção do direito fundamental em análise à ciência aplicada, uma vez que os argumentos favoráveis à mesma ampliação são, como se passa a demonstrar, de muito maior monta.

Desde logo, se se acolher o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência constitucionais germânica e italiana, de que a invenção resultante da investigação ou a obra de arte criada consubstanciam respectivamente uma “objectivação”, “resultado” ou “produto” do exercício respectivamente dos direitos fundamentais de liberdade científica e artística<sup>42</sup>, estando por isso “garantidos

---

41 Segundo a definição de JOHN R. BAKER, enquanto a ciência “exprime um conjunto organizado de conhecimentos demonstráveis acerca do Universo”, a técnica consiste numa “codificação das aplicações de uma grande parte desses conhecimentos ao bem-estar humano do ponto de vista material” (CABRAL DE MONCADA, *Ciência e totalitarismo*, in «Estudos Filosóficos e Históricos», vol. I, p. 313, com referência a JOHN R. BAKER, *A Ciência e o Estado planificado*, «Revista Biblos», vol. XXIII, tomo II, 1947).

Também GIOVANNI DE CESARE fala de duas grandes e distintas colectividades de cientistas “mais ou menos diferenciadas: numa, os indivíduos que a compõem dedicam-se essencialmente à aquisição de novos conhecimentos; segundo uma cómoda terminologia, diremos que se dedicam à «investigação científica fundamental»; na outra, os indivíduos dedicam-se à invenção e ao aperfeiçoamento das máquinas ou dos bens de consumo; corresponde-lhe, ainda segundo o vocabulário tradicional, o que se chama «investigação científica aplicada» (L’organizzazione della ricerca scientifica: aspetti problematici ed organizzativi, in «Riv. It. Sc. Giur.», 1969, p. 2).

42 De modo similar ao dos supra referidos ordenamentos constitucionais de referência, no quadro da nossa Constituição científica “o resultado da actividade científica do ponto de vista económico constitui um elemento que reentra, lato sensu, na promoção da ciência”; e por conseguinte também entre nós “a disciplina jurídica de tal utilização, destinada a garantir a vantagem do autor do próprio resultado” se reconduz necessariamente “à concepção da intervenção pública em sentido activo, a favor do desenvolvimento da actividade científica” (S. LABRIOLA, *Libertà di scienza...*, cit., p. 68). Recorde-se a este propósito uma importante sentença do Tribunal Constitucional italiano de 1978 (Sentença n.º 20 de 20 de Março de 1978) que declarou a inconstitucionalidade de uma norma que excluía os medicamentos do regime de protecção dos direitos privativos de propriedade industrial (Art.º 14.º do R. D. de 29 de Junho de 1939) por ser ela contrária ao art.º 9.1 CI. O Tribunal fundamentou esta sua decisão no entendimento de que se traduziria tal regime de protecção num objectivo incentivo à investigação científica que constituiria directa execução daquela disposição de direito fundamental, na medida em que seria a atribuição de direitos privativos nesta matéria uma forma de possível cobertura a posteriori das despesas realizadas com a mesma investigação – pelo que uma norma que afastasse tal regime legal relativamente a todo um campo de actividade científica como o dos medicamentos seria por definição

jurídico-objectivamente na pessoa titular” de tais direitos fundamentais<sup>43</sup> (entendimento esse que *a fortiori* parece ser de subscrever entre nós<sup>44</sup>) então pela mesma ordem de razões obrigatória é a conclusão de que constitui genericamente objecto da protecção constitucional não apenas a ciência pura, mas ainda a investigação aplicada e os respectivos resultados, o mesmo é dizer não apenas o trabalho de «investigação fundamental» como a etapa sucessiva da «investigação aplicada», e não a *investigação tout court*, mas também ainda o seu *resultado*<sup>45</sup> – em suma, não apenas a *ciência* (ou criação científica) mas também a *técnica* (ou criação técnica).

Para além disso, se é um facto que o art.º 42.º CRP fala apenas em “criação científica” (n.º1) e em “obra científica” (n.º 2), e não em “criação científica e técnica”, como o art.º 20.1 *b*) da Constituição espanhola, a verdade é que tal omissão acaba por ser suprida pelas outras disposições constitucionais que (e como já foi assinalado) com esta se conectam estreitamente, como são os casos do art.º 73.4 CRP (“*A criação e a investigação científicas, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado, por forma a assegurar a respectiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas*”) e da al. *j*) do art.º 81.º (“*Incumbência prioritárias do Estado*”: “*Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social*”: ...*j*) “*Assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país*”).

Enfim, de todo o modo, e como vimos, no plano das realidades a que se reportam os conceitos em questão, são cada vez mais ténues as distinções entre investigação fundamental e investigação não fundamental, e entre criação ou investigação científica e criação ou investigação técnica, o que leva alguma doutrina a sustentar a inexistência hoje também no plano jurídico de qualquer “separação e hierarquia

---

contrária à dita disposição constitucional (ref. de F. MERLONI, *Autonomie e libertà...*, cit., p. 387, nota 55).

43 SCHOLZ, *Grundgesetz Kommentar*, apud A. GALLEGRO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal e jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Madrid, 1994, p. 72.

44 Dada a expressa inserção nestas liberdades do “direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária e artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor” operada pelo n.º 2 do mesmo art.º 42.º CRP, de resto como vimos numa linha de continuidade com a nossa história constitucional – malgrado a ambiguidade do texto, como acima referimos.

Não há portanto entre nós qualquer fundamento para contestar tal alcance do art.º 42.º CRP, como acontece na Alemanha – onde não faltam as vozes dissidentes que partem ainda do princípio de que só a “ciência pura”, e não a “investigação aplicada”, é objecto de protecção do art.º 5.3 GG, excluindo por isso do respectivo âmbito a utilização industrial dos resultados científicos (cfr. A. KÖTGEN, *Die Freiheit der Wissenschaft*, p. 314, e H. VON MANGOLDT & F. KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, p. 256, apud GIUSEPPE DI GENIO, *Università e alta cultura in Germania*, Nápoles, 1993, p. 83).

45 MIRIAM CUETO PÉREZ, *Régimen jurídico...*, cit., p. 66.

entre ciência pura e ciência aplicada”<sup>46</sup> – só se podendo afirmar por conseguinte com alguma segurança, segundo esses autores, que enquanto na primeira “prevalece o fim da investigação”, na segunda prevalece “o contexto no qual ela se desenvolve”<sup>47</sup>.

Pelo que, e mesmo que se admita alguma zona de dúvida, quanto mais não seja por força do princípio da máxima efectividade das normas consagradoras de direitos fundamentais, forçoso é o entendimento de que a tutela constitucional se estende ainda “ao âmbito das estruturas e das realidades operativas que tenham por si mesmas uma natureza e uma finalidade aplicativas” ou práticas<sup>48</sup>, justificando-se a eficácia da norma constitucional “qualquer que seja a sede na qual se desenvolva a actividade de investigação”<sup>49</sup>. O objecto do direito fundamental consagrado no art.º 42.º CRP acaba assim por ser “a investigação em si mesma considerada”<sup>50</sup>.

Não deixe de se ressaltar, contudo, que a ciência pura ou em sentido estrito, “a ciência antes do mais compreendida como corpo de saberes que se reportam às leis gerais de funcionamento da realidade” (a que corresponde a chamada «investigação fundamental») se coloca “numa posição supraordenada relativamente aos saberes parciais, sectoriais, aplicativos” (a que corresponde a dita “investigação não fundamental”), estabelecendo-se assim dentro deste conceito mais amplo de ciência “uma ordem hierárquica, descendente e dedutiva”<sup>51</sup>.

---

46 M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica, profili organizzativi*, «RTDP», 1972, p. 742.

47 S. LABRIOLA, *idem*, cit., p. 37. Também *ipsis verbis* (apenas citando a fonte no início da exposição) L. SAPORITO, *La ricerca scientifica*, in Santaniello, G. (org.), «Trattato di Diritto Amministrativo», v. XVII, Pádua, 1993, p. 8.

48 S. LABRIOLA, *Libertà di scienza...*, cit., p. 36. Também *ipsis verbis* (apenas citando a fonte no início da exposição) L. SAPORITO, *La ricerca scientifica*, cit., p. 8.

49 *Ibidem*, *ibidem*.

50 S. LABRIOLA, *Libertà di scienza...*, cit., p. 38, e L. SAPORITO, *idem*, *idem*, *as pas*.

51 A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica...*, cit., p. 92.

## 2. POSIÇÕES E RELAÇÕES CONSTITUTIVAS DA LIBERDADE DE CIÊNCIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

### 2.1. Dimensão objectiva da liberdade de ciência

Voltando agora a acompanhar a doutrina espanhola, se se tivesse pretendido recolher apenas um típico direito subjectivo de defesa de “liberdade de produção e criação” no campo científico, então também o nosso art.º 42.1 CRP resultaria “absolutamente supérfluo”, já que tal direito entra na liberdade de expressão do pensamento (art.º 37.º CRP), encontrando-se como se encontra “nas próprias entranhas da livre transmissão e recepção do pensamento”<sup>52</sup>.

Claro está que também não se visou a mera constitucionalização dos direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial, pois o n.º 2 do art.º 42.º CRP (“Esta liberdade compreende...”) indica claramente que o objecto do artigo descrito no n.º 1 é (substancialmente) mais amplo do que o “direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção e legal dos direitos de autor” especificado no dito n.º 2 – constituindo este último direito uma das muitas projecções possíveis daqueloutro.

Assim sendo, e sob pena de termos que considerar a presente disposição em boa medida redundante, só resta a alternativa de estarmos perante um direito fundamental com uma importante dimensão objectiva, na linha da tradição constitucional germânica<sup>53</sup>, onde avultam os *direitos de prestação*, os *direitos processuais e procedimentais*, as *garantias de instituto e garantias institucionais* e os *direitos de participação* (GOMES CANOTILHO)<sup>54</sup> que se passam a analisar nos pontos seguintes. Adiante-se já que, nesta linha teórica, consideramos o ensino científico (por ser mais “científico” do que “ensino”) preferencialmente abrangido por este preceito (art.º 42.1 CRP), em detrimento do artigo seguinte (art.º 43.º – “Liberdade de aprender e de ensinar”).

---

52 A. FERNÁNDEZ-MIRANDA & ROSA M.ª GARCÍA SANZ, Comentário ao art.º 20.º da Constituição espanhola (“Libertad de expresión y derecho de la información”), em O. Alzaga (org.), «Comentarios a la Constitución española de 1978», vol. II (Art.ºs 10.º a 23.º), p. 546.

53 Neste sentido, e no que concerne ao homólogo preceito da Constituição espanhola de 1978, ver FERNÁNDEZ-MIRANDA, A., & ROSA M.ª GARCÍA SANZ, , Comentário ao art.º 20.º..., cit., p. 547.

54 Direito constitucional..., cit., p. 646.

## 2.2. A liberdade de ciência como direito a acções negativas.

Seguindo a sistemática adoptada entre nós por Gomes Canotilho, na esteira de Robert Alexy – nos termos da qual os direitos fundamentais são garantidos (I) como *direitos a acções negativas*, (II) como *direitos a acções positivas*, (III) como *liberdades* e (IV) como “*competências* (poder jurídico, direito de conformação)”<sup>55</sup>, isto no pressuposto de que cada direito fundamental deve ser visto “como um todo”, ou seja, como um “feixe de posições jusfundamentais” que têm em comum “a adscrição a uma mesma disposição de direito fundamental”<sup>56</sup> – comecemos então por analisar a liberdade de ciência como “direito fundamental a acções negativas”.

Nos “direitos fundamentais a acções negativas” a respectiva garantia configura-se (1) como “direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados *actos*”, (2) como “direito à não intervenção dos entes públicos em *situações jurídico-subjectivas*” e (3) como “direito à não eliminação de *posições jurídicas*”<sup>57</sup>. Recorde-se, estas posições jurídicas, sendo características dos direitos fundamentais de defesa, também se podem consolidar sob a égide dos direitos fundamentais sociais<sup>58</sup>.

---

55 GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2003, p. 548 e ss., e ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales* (tradução), Madrid, 1993, p. 419 e ss.. ALEXY (re)agrupa ainda os direitos a acções negativas e os direitos a acções positivas numa única categoria de “direitos a algo” ou “pretensões”; mas por razões de (maior) simplicidade privilegiamos a mais elementar classificação quadripartida proposta entre nós por GOMES CANOTILHO.

56 Dado que a tais posições “correspondem sempre normas que as conferem”, à dita adscrição corresponde então ainda e por sua vez a adscrição de um feixe de normas à referida disposição de direito fundamental (ALEXY, *Teoria...*, cit., p. 241).

57 *Direito constitucional...*, cit., p. 553.

58 Com efeito, “à medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos” nos “domínios vitais” abrangidos por cada um dos direitos fundamentais de segunda geração, vão-se consolidando ao abrigo das disposições de direitos fundamentais em questão os chamados direitos derivados a prestações (derivative Teilhabereschte), os quais participam “da natureza de direitos justificáveis” em virtude da “cláusula de proibição de retrocesso social” – permitindo designadamente “aos seus titulares o recurso aos tribunais a fim de reclamar a manutenção do nível de realização que os direitos fundamentais tenham adquirido” (GOMES CANOTILHO). *Direito constitucional...*, cit., p. 553. Reconhece também as “dimensões garantísticas negativas e de participação” dos direitos fundamentais sociais J. C. VIEIRA DE ANDRADE, em *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2001, p. 371. Recorde-se, quanto a este verdadeiro “direito subjectivo” [(ainda que) “limitado ao existente”], ele é hoje pacífico no quadro mais geral da concretização pelo Estado das “suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais aos cidadãos (Daseinsvorsorge)”, resultando “de forma imediata para os cidadãos” o “direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos” e o “direito de igual quota-parte (participação) nas prestações que estes serviços ou instituições prestam à comunidade” (GOMES CANOTILHO). Como refere ainda GOMES CANOTILHO, tenha-se uma vez mais presente, é “com base nestes pressupostos que a doutrina alude a direitos derivados a prestações (derivative Teilhabereschte) traduzidos no direito dos cidadãos a uma



Apliquemos então esta subclassificação à liberdade de ciência.

Será um “direito ao não impedimento de acções” (*Recht auf die Nichthinderung von Handlungen*), (1’) o direito do estudante universitário no âmbito de seminários de fim de curso, e do assistente universitário que pretenda obter o grau de mestre ou de doutor, à livre escolha do seu tema de investigação, sem quaisquer limitações (naturalmente, desde que possua a necessária preparação científica de base e no suposto que esta corresponda ao ramo do saber próprio da faculdade, departamento e disciplina a que esteja vinculado) – sejam essas limitações impostas pelas autoridades estaduais porventura responsáveis pelo financiamento dos trabalhos de investigação, sejam elas ditadas pelas próprias autoridades académicas (professor orientador, conselho científico, etc.<sup>59</sup>). Note-se todavia que a mesma liberdade (pelo menos no que respeita à escolha do tema) já poderá a nosso ver sofrer restrições sensíveis no caso dos estagiários e assistentes de investigação (cfr. DL 124/99, de 20.04 – Estatuto da Carreira da Investigação Científica), dado o pendor finalizado e utilitário da investigação desenvolvida na maioria das instituições científicas não universitárias que os acolhem.

Como “direito à não agressão a bens e situações” (*Recht auf die Nichtbeeinträchtigung*) temos o exemplo da (2’) protecção das prerrogativas de avaliação (do chamado *ius examinandi*) que cabem em *ultima ratio* aos professores universitários (e indiscutivelmente àqueles a quem seja reconhecida “plena capacidade docente e investigadora”) relativamente aos alunos de licenciatura, mestrado e doutoramento.

Enfim, configura-se como direito “à não eliminação de *posições jurídicas*” (*Recht auf die Nichtbeseitigung von rechtlichen Positionen*) (3’) o direito que assiste aos docentes universitários e aos investigadores dos laboratórios do Estado e outras instituições científicas equiparadas a que o Estado não derogue as normas que regulam as carreiras universitária<sup>60</sup> e de investigação<sup>61</sup> (não eliminação da posição jurídica qualificada de funcionário científico conferida em abstracto por aqueles institutos).

---

participação igual nas prestações estaduais segundo a medida das capacidades existentes” (Direito Constitucional..., cit., p. 553).

<sup>59</sup>É frequente este tipo de ilegítimas restrições ao direito de livre escolha do tema e mesmo de conformação do próprio conteúdo da dissertação, que ocorrem quando o professor orientador exorbita do papel que lhe compete: como testemunha SALVADOR GINER, “qualquer professor com um mínimo de experiência já se deparou com doutorandos que escrevem a dissertação que lhes disseram que escrevesse, ou que a vão modificando segundo os ditames do seu director de tese” (La libertad académica y la falacia utilitarista, in «Boletín de la Instrucción Libre de la Enseñanza», n.º 13, 1992, p. 27).

<sup>60</sup>A carreira pública universitária é regulada pelo Estatuto da Carreira Docente Universitária, aprovado pela Lei 19/80, de 06.07, com as alterações introduzidas pelo DL 205/2009, de 31 de Agosto.

<sup>61</sup>A carreira pública de investigação científica é regulada pelo DL 124/99, de 20.05 (Estatuto da Carreira de Investigação Científica).

### 2.3. A liberdade de ciência como direito a acções positivas: o direito a prestações fácticas em sentido estrito.

Quanto à segunda subcategoria, dos “direitos a acções positivas”<sup>62</sup>, e de entre estes no que concerne aos “direitos a prestações fácticas em sentido estrito”, tenha-se de novo presente, verifica-se uma predominância inversa à referida no ponto anterior: não obstante quase “todos os direitos (fundamentais)” conterem “faculdades que implicam prestações”<sup>63</sup>, estas específicas posições (“direitos a prestações fácticas em sentido estrito”) são típicas dos direitos “económicos” e “sociais” abrangidos pelos capítulos I e II do título III da Constituição<sup>64</sup>.

Tal conteúdo ou dimensão positiva de “direito a prestações em sentido estrito” (*Leistungsrechten im engeren Sinne*) dos direitos fundamentais de liberdade não está normalmente explicitado na letra das disposições normativas que os prevêm<sup>65</sup>, podendo inclusive não ser sequer contemplado pelos “correspondentes” direitos fundamentais “económicos” e “sociais” autonomizados como direitos a prestações: é o que acontece entre nós com o direito (expressamente reconhecido nas constituições alemã e espanhola) de as entidades titulares das escolas privadas reconhecidas ou parificadas receberem ajuda estatal através da atribuição de subvenções.

Não significa isso todavia que tal mandato não decorra da simples consagração da liberdade em questão no art.º 43.4 CRP, pela simples razão de que, sem as referidas ajudas, não se efectivam as condições fácticas necessárias ao exercício do direito – sendo por essa razão forçoso “deduzir uma obrigação do Estado, ou de

---

62Dentro dos direitos a acções positivas, temos (I) os direitos a prestações em sentido estrito (as clássicas prestações factuais de natureza social, nos domínios da segurança social, saúde, ensino, habitação, etc.) e ainda outros direitos a acções positivas, designadamente (II) os direitos à protecção e (III) os direitos à organização e procedimento, os quais (os dois últimos) podem ser direitos a acções jurídicas ou a acções fácticas, e que, repita-se, só em sentido amplo são qualificáveis como direitos a prestações.

63 VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., cit., p. 181, nota 26.

64 Não quer dizer tal, repise-se, que os direitos fundamentais de liberdade (de natureza defensiva ou negativa) em regra consagrados no catálogo dos “direitos, liberdades e garantias” não apresentem em maior ou menor medida uma dimensão positiva de “direito a prestações fácticas em sentido estrito”: simplesmente, trata-se neste tipo de direitos fundamentais de uma dimensão ou conteúdo instrumental relativamente ao seu conteúdo principal, que é constituído pelo “direito a acções negativas”. Sobre a distinção entre conteúdo principal e conteúdo instrumental dos direitos fundamentais, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., cit., p. 171.

65Como diz VIEIRA DE ANDRADE, “também os direitos de liberdade e os de participação política contêm faculdades, normalmente não autonomizadas, de exigir ou pretender prestações estaduais de protecção ou de promoção” (Os direitos fundamentais..., cit., p. 171).

todo o modo mais um direito do titular da escola privada, a outorgar ou receber uma subvenção” de tal disposição de direito fundamental<sup>66</sup>.

Mas nem sempre ocorre a dita omissão: por vezes essas posições jurídicas subjectivas que constituem dimensões positivas dos direitos de liberdade estão expressamente enunciadas no próprio “catálogo” (Cap. I do Título II), como sucede com o direito de antena (art.º 40.1 CRP), o qual constitui um conteúdo instrumental da liberdade de expressão e informação (art.º 37.º CRP)<sup>67</sup>; e outras vezes elas surgem-nos no Cap. I do Título III (“Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”): é precisamente o caso que ora nos importa do direito dos cientistas e das suas instituições ao incentivo e apoio do Estado, “de forma a assegurar a respectiva liberdade e autonomia”, constante do art.º 73.4 CRP, e que constitui uma indelével dimensão positiva da liberdade de ciência tutelada no art.º 42.1 CRP.

Sublinhe-se que a este dever consignado ao Estado pelo art.º 73.4 CRP corresponde uma verdadeira posição jurídica subjectiva (instrumental) do titular da liberdade de ciência (sendo esta asserção entre nós inquestionável, dada a expressa referência no preceito ao objectivo de através de tais “apoio” e “incentivo” se “assegurar” a “liberdade e autonomia” dos cientistas)<sup>68</sup> – diferentemente do que já

---

66J. M. DÍAZ LEMA, *Los conciertos educativos*, 1992, apud A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 50. Como esclarece ainda J. M. BAÑO LEON, relativamente aos normativos homólogos da Constituição espanhola, “a liberdade de ensino (art.º 27.º CE) também ganha conteúdo com a actividade do legislador. Aqui dir-se-ia inclusive que a inactividade equivaleria pura e simplesmente ao desconhecimento dessa liberdade tal como ela se configura na Constituição. O mandato do n.º 9 daquele artigo («os poderes públicos ajudarão os centros docentes que reúnam os requisitos que a lei estabeleça») configura um aspecto básico da liberdade de ensino (La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española, REDA, n.º 24, Set.-Dez. 1988, p. 163). Também SOUSA FRANCO chama a atenção para o “problema central” da “paridade financeira, sem a qual não há igualdade e não há liberdade efectiva de escolha do tipo de ensino” (A liberdade de aprender e de ensinar no âmbito das liberdades fundamentais – fundamentação da liberdade de ensino); sobre este tema, ver entre nós, por todos, PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, Lisboa, 1995.

67 Deixar-se não obstante uma menção à voz discordante de VIEIRA DE ANDRADE, para quem os preceitos que consagram os direitos de antena, de resposta e de réplica política dos partidos da oposição parlamentar (n.º 2 do art.º 40.º) “são de excluir da matéria dos direitos fundamentais”, explicando-se a sua inserção sistemática entre estes direitos por meras “razões de vizinhança com as liberdades de expressão e de imprensa”: e isto porque, segundo o autor, “a sua atinência material liga-os à organização do poder político”, só representando indirectamente “uma garantia para a liberdade e a participação política dos cidadãos” (Os direitos fundamentais..., cit., pp. 86-87). Contra a posição de VIEIRA DE ANDRADE ver, selectivamente, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, cit., p. 81.

68A redacção do preceito, antes da IV Revisão Constitucional (de 1997), resumia-se à primeira parte: “A criação e a investigação científica, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado”. Todavia, já então consideravam GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA que a dimensão de “incentivo e apoio à criação e investigação científicas e à inovação tecnológica” se poderia considerar “como uma garantia positiva da liberdade de criação e investigação científicas (art.º 42.º)”, entendendo assim os autores mesmo antes da referida revisão constitucional que a “relação do Estado com a ciência” era já não “uma simples relação negativa (a liberdade de criação e investigação científica

sucede no que respeita à incumbência que recai sobre o mesmo Estado por força da al. j) do art.º 81.º CRP, de “assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país”.

E adiante-se, já agora, que constituirão exemplos de direitos derivados a prestações cobertos por este conteúdo instrumental os direitos dos bolseiros de investigação científica consignados no art.º 5.º do DL 123/99, de 20.05 (Estatuto do Bolseiro de Investigação Científica), bem como o direito dos assistentes universitários que o ECDU consagrava de gozo de uma licença com vencimento por um período máximo de três anos, antes do *terminus* do respectivo contrato administrativo de provimento, para se poderem dedicar a tempo inteiro aos trabalhos de investigação conducentes à elaboração da dissertação de doutoramento (cfr. art.º 27.º do ECDU, na sua anterior redacção, e art.º 5.º do DL 245/86, de 21 de Agosto)<sup>69</sup>.

Relativamente a tudo o que se acaba de dizer, poder-se-á contra-argumentar no sentido de estarmos perante distintos direitos, porventura derivados das liberdades em questão, mas de todo o modo autonomizados: direito ao tempo de antena, direito ao apoio à criação e investigação científicas, etc.

Mas uma tal fragmentação ditada por razões de ordem puramente formal não é conciliável com o carácter “complexo e multifacetado” dos direitos fundamentais, em cada um dos quais se incluem “múltiplas faculdades”, com “objecto e conteúdo distinto, que são oponíveis a destinatários diferentes, determinam deveres de variado tipo e que podem ter até titulares diversos” (Vieira de Andrade)<sup>70</sup> – impondo-se por isso um trabalho de articulação e sistematização dos dados normativos fornecidos pela lei fundamental.

Também Gomes Canotilho se aproxima de algum modo desta perspectiva, a propósito da dupla direito à educação/liberdade de aprender. Num trabalho de referência nesta matéria<sup>71</sup>, começa o autor por adiantar o exemplo da Constituição espanhola, cujo texto “não distingue rigorosamente entre o direito à educação (*derecho a la educación*) e o direito ao ensino, nem separa um direito a prestações, como é o direito à educação, de uma liberdade (liberdade de ensino) caracterizada fundamentalmente como direito de defesa (*Abwerrecht*)”. Ora, ainda segundo o professor de Coimbra detecta-se no art.º 27.º CE (“*Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza*”) uma «relação de contiguidade»

---

como direito de defesa perante o Estado) mas também uma relação positiva” (Constituição Anotada, cit., p. 363).

69A categoria (e carreira) de assistente universitário foi eliminada pela profunda e recente reforma da carreira universitária levada a cabo pelo DL 205/2009, de 31.08, vigorando actualmente um regime de transição que visa acautelar os direitos dos docentes que mantêm essa qualidade, até ao respectivo doutoramento (actual artigo 12.º do ECDU- «Anteriores assistentes ou assistentes convidados»).

70 Os direitos fundamentais..., cit., p. 168.

71 Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais, in «Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia», vol. III, Coimbra, 1991, pp. 461 e ss..

que nos permite “estar «mais perto» do problema que aqui se pretende discutir”, e que “pode sintetizar-se do seguinte modo: em que medida um «direito a prestações» («posição jurídico-prestacional») como o direito à educação se pode considerar como dimensão relevante do «programa normativo» de um direito subjectivo pessoal (exemplo, liberdade de escolha de profissão, liberdade de aprender)?”<sup>72</sup>.

A nosso ver, os critérios fundamentais para se aferir se uma determinada faculdade atribuída aos cidadãos pela lei fundamental integra o conteúdo deste ou daquele direito fundamental (ainda que como dimensão ou conteúdo instrumental), ou se diferentemente constitui em toda a sua plenitude um autónomo direito (*rectius*, se deverá tal faculdade ser considerada um autónomo direito fundamental), terão que ser o critério da *identidade de objecto*, o critério *funcional* (critério este que nos indica se o exercício efectivo do direito passa ou não necessariamente pela criação de determinadas condições fácticas resultantes da conduta prestativa dos poderes públicos em que se traduza o exercício dessa faculdade) e ainda o critério da *determinabilidade*<sup>73</sup>.

Tal faculdade integrará assim o feixe ou complexo de posições jusfundamentais que constituem um determinado direito fundamental:

(1) se tiver desde logo o mesmo objecto, isto é, se se reportar ao mesmo «domínio normativo» das normas que os consagram, ou seja, àqueles “determinados «bens» ou «domínios existenciais» (exemplo: a vida, o domicílio, a religião, a criação artística (...), «realidades da vida» que as normas captam como «objecto de protecção””, sendo os ditos “«âmbitos» ou «domínios protegidos» pelas normas garantidoras de direitos fundamentais” designados de várias outras formas: “«âmbito de protecção» («Schutzbereich»), «domínio normativo» («Normbereich»), «pressupostos de facto dos direitos fundamentais» («Grundrechtstatbestände»)” (Gomes Canotilho)<sup>74</sup>;

(2) se se revelar indispensável ao concreto exercício do direito a criação de determinadas condições fácticas resultantes do exercício da faculdade em questão (ainda que numa medida necessariamente limitada, que não foge ao princípio da reserva do possível);

(3) se o comportamento estadual for de *execução vinculada*, no sentido de ser possível surpreender (na norma que institui a mesma faculdade) uma “convicção (determinação) na intenção normativa” em relação ao direito fundamental de liberdade em causa, isto é, que as respectivas normas constitucionais “são capazes de fornecer todos os elementos e critérios necessários e suficientes para a sua

---

72 Tomemos a sério..., cit., p. 494.

73 Sobre este último, ver GOMES CANOTILHO, Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias, BFDUC, Volume Comemorativo, 2003, especialmente pp. 802-805, e VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., cit., pp. 181 e ss.

74 Direito constitucional..., cit., p. 646.

aplicação”, sendo o mesmo direito determinado ou (jurisprudencialmente) determinável “por opção constitucional” (Vieira de Andrade) <sup>75</sup>.

Se assim for (e esta é a conclusão que importa retirar) integrará essa faculdade o conteúdo do mesmo direito – conteúdo que é precisamente constituído pelo conjunto das faculdades que “garantem ou protegem” o direito, para tornar operativa a protecção das supra-referidas realidades, designadamente de “direitos subjectivos (...), direitos de prestação (...), direitos processuais e procedimentais (...), garantias de instituto e garantias institucionais (...) e direitos de participação (...)” (Gomes Canotilho) <sup>76</sup>. Por consequência – e sempre na hipótese de tal faculdade estar adstrita a um direito de liberdade que integre o catálogo dos “direitos, liberdades e garantias” ou que como tal seja qualificável por via da sua natureza análoga – beneficiará então tanto quanto possível, isto é, sempre sob a reserva económica do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), do regime fixado no art.º 18.º CRP, mesmo que a respectiva disposição normativa se situe fora do catálogo.

De todo o modo, mesmo que se entenda que não estamos perante “um tipo de direito *prima facie* a que corresponde, por parte dos poderes públicos, um dever *prima facie*” – isto é, se não se puder “afirmar, como nos casos de posições jurídico-prestacionais garantidoras de um direito subjectivo definitivo, que o princípio de liberdade fáctica é de tal modo imperativo que obriga os poderes públicos à densificação de um grau mínimo de existência” <sup>77</sup> – sempre se poderá dizer, como diz Gomes Canotilho a propósito do direito consagrado no art.º 74.2 e) CRP, e parafraseando Müller, Pieroth & Fohmann, que estamos perante “direitos a prestações constitutivas do «âmbito normativo» (*Normbereich*) de um direito

---

75 Os direitos fundamentais..., cit., pp. 183-184.

76 Direito constitucional..., cit., p. 646.

77 Como explica GOMES CANOTILHO, importa distinguir entre duas situações. Numa primeira situação, “o cidadão tem um direito subjectivo originário a prestações ou em que a posição jurídico-prestacional é garantida por normas vinculantes” (bindende Normen) de «direitos subjectivos originários a prestações» (definitive subjektive Rechte auf Leistungen): é isto que acontece com “o direito a prestações existenciais mínimas entendidas como dimensão indeclinável do direito à vida” (art.º 24.1 CRP) (Tomemos a sério..., cit., pp. 485 e 488); neste caso a norma constitucional “garante um direito subjectivo de tipo definitivo”, isto é, ela “fornece fundamento imediato para uma norma individual de decisão (caso do direito à sobrevivência) (op. cit., p.497). Já numa segunda situação a norma apenas “garante *prima facie* um direito subjectivo”, ou seja, estamos perante “uma norma que contém fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriamente como resultado uma «decisão individual»” (ibidem). E trata-se de um “direito subjectivo *prima facie* porque, com razoabilidade”, e pegando no exemplo do acesso à Universidade, não se pode resumir tal problema “em termos de «tudo ou nada»: na verdade, “a questão da «reserva do possível» (*Vorbehalt des Möglichen*), da ponderação necessária a efectuar pelos poderes públicos (*Abwägung*) relativamente ao modo como garantir, com efectividade, esse direito («optimização das capacidades existentes, «alargamento da capacidade», «subvenções a estabelecimentos alternativos») conduz-nos a um tipo de direito *prima facie* a que corresponde, da parte dos poderes públicos, um dever *prima facie*” (GOMES CANOTILHO, Tomemos a sério..., cit., pp. 497-498).

fundamental de liberdade (ou liberdades: de escolha de profissão, de ensino, investigação, etc.) que o Estado (poderes públicos) deve *prima facie* efectivar”<sup>78</sup>.

#### **2.4. A liberdade de ciência como direito a acções positivas (cont.): o direito a prestações fácticas em sentido amplo (os direitos a protecção e a organização e procedimento)**

Continuando na segunda subcategoria (dos “direitos a acções positivas”), detenhamo-nos agora nos “direitos a prestações fácticas” em sentido amplo – os quais se subdividem por sua vez, recorde-se, nos “direitos a protecção” e nos “direitos a organização e a procedimento”, e que podem por sua vez ser direitos a acções jurídicas ou a acções fácticas.

Constituirá um exemplo destes direitos a prestações fácticas em sentido amplo, e nomeadamente de “direitos a protecção” (fáctica), o direito dos estudantes, docentes universitários e investigadores a uma concreta protecção (policial ou equiparada) que lhes garanta o desenvolvimento das actividades de estudo, ensino e investigação nos locais e instituições a elas destinados, face a actuações como o encerramento compulsivo das instalações levado a cabo por quaisquer terceiros,<sup>79</sup> como por exemplo (outros) estudantes ou ambientalistas radicais.

E serão ainda (dentro dos “direitos a protecção”) “direitos a prestações jurídicas”, no mesmo caso que acabamos de referir, o direito dos docentes e estudantes universitários à emanação de normas legais e regulamentares que especificamente prevejam e imponham às competentes autoridades administrativas a necessária actuação disciplinar, bem como à criação dos normativos que numa tarefa de concordância prática estipulem os adequados limites ao direito de manifestação, prevendo designadamente a indispensável intervenção das autoridades policiais para assegurar o respeito por tais normativos.

Típicos direitos a protecção, na modalidade de prestações jurídicas, são ainda os direitos (entre nós expressamente consagrados no n.º 2 do art.º 42.º CRP) dos autores de obras científicas à protecção legal dos seus direitos autorais sobre este tipo de obras e dos inventores à tutela legal das patentes de invenções.

Cabe agora uma breve referência (ainda nesta matéria dos “direitos a prestações fácticas” em sentido amplo) aos “direitos a organização e procedimento”, na sua qualidade de dimensão *adjectiva* dos direitos fundamentais, e que decorre da dimensão *positiva* destes – componente essa dos ditos direitos que tanta atenção

---

<sup>78</sup> Tomemos a sério..., cit., p. 498.

<sup>79</sup> Constituem casos típicos a colocação de barreiras físicas como cadeados e veículos pesados nos pontos de acesso às instalações de instituições científicas no decurso de acções de protesto promovidas por dirigentes estudantis nas respectivas universidades, ou por ambientalistas radicais em organismos de investigação dedicadas ao desenvolvimento de “energias sujas” como a energia atómica.

tem merecido à doutrina e à jurisprudência constitucionais dos países objecto do nosso estudo.

Desde logo, serão direitos a organização e procedimento – e para aproveitar ainda o caso dos direitos de propriedade intelectual – o direito à organização e ao procedimento registrais (quer fácticos, quer jurídicos) indispensáveis para a concretização da tutela legal dos sobreditos direitos de propriedade intelectual.

E impõe-se também, claro está, uma menção à garantia institucional da Universidade e demais instituições científicas equiparáveis e respectivo autogoverno. Em razão da natureza “primordialmente subjectiva dos direitos fundamentais (derivada da respectiva fundamentação subjectiva)”, devem ser reconhecidas aos titulares qualificados da liberdade de ciência, e nomeadamente aos docentes-investigadores universitários, “pretensões individuais de participação (qualificada e diferenciada) nos colégios universitários claramente susceptíveis de radicação subjectiva” (Pereira Coutinho)<sup>80</sup> – sendo obrigatório o entendimento de que lhes assiste, “a par de um *status* negativo, um *status activus* que não equivale a um «direito de participação democrática», mas antes a um «*wissenschaftsgrundrechtlich status activus*» (Ulrich Karpen)<sup>81</sup>.

Por conseguinte, as liberdades de investigação e ensino científicos, na sua qualidade de direitos subjectivos, têm que ser entendidas como “situações jurídicas complexas que incluem posições jurídicas de diferente natureza e de diferente estrutura”, entre as quais se incluem os ditos direitos de participação qualificada e diferenciada nos órgãos colegiais universitários<sup>82</sup>; assim sendo, e nas palavras de Winfred Kluth, “os direitos de participação da cada cientista individual nos órgãos de auto-administração académica não são meros vínculos organizatórios de direito objectivo, mas também direitos individuais de participação” (*sind die Mitwirkungsrechte der einzelnen Wissenschaftler in den Organen der akademischen Selbstverwaltung nicht lediglich Organisationsrechte, sondern auch individuelle Mitwirkungsrechte*)<sup>83</sup>.

---

80As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária. O caso das universidades públicas, Coimbra, 2004, p. 87. Como vimos (ver supra), o Tribunal Constitucional Federal alemão limitou-a a invocar os direitos fundamentais em jogo como meros «elementos do ordenamento objectivo (Elemente objektiver Ordnung), tendo configurado o dever que impendia sobre o Estado de emitir as medidas adequadas de tipo organizatório como um dever apenas objectivo e não «relacional», o mesmo é dizer, judicialmente inexequível a instâncias do titular da liberdade de ciência (PEREIRA COUTINHO, *ibidem*).

81Wissenschaftsfreiheit und Hochschulfinanzierung – Überlegungen zu einem effektiveren Mitteleinstz, Berlim, 1983, p. 16, apud L. P. PEREIRA COUTINHO, *op cit.*, p. 87.

82 ROBERT ALEXY, Teoria de los derechos fundamentales, *cit.*, pp. 184-185.

83Funktionale Selbstverwaltung – Verfassungsrechtlicher Status – Verfassungsrechtlicher Schutz, Tubinga, 1997, p. 426; no mesmo sentido, ver também HANS-HEINRICH TRUTE, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung – Das Wissenschaftsrecht als Recht Kooperativer Verwaltungsvorgänge, Tubinga, 1994, p. 373 (*cit. e ref. de PEREIRA COUTINHO, op. cit.*, p. 88, nota 159).



Note-se entretanto que as dimensões e os exemplos que acabamos de referir estão naturalmente longe de esgotar o tema dos “direitos a organização e procedimento”: uma importância de primeiro plano merece ainda nesta sede toda a problemática do acesso às carreiras de investigação científica e ensino universitário e aos respectivos graus e qualificações, como se passa a demonstrar.

A ciência é por definição hierárquica, podendo ser representada por uma estrutura piramidal cujo vértice é ocupado, no que à respectiva titularidade concerne, pela casta daqueles a quem é reconhecida a plena capacidade investigadora, ou seja, pelos professores catedráticos e associados e pelos investigadores principais e coordenadores.

Ora, o acesso a estas categorias “formalizadas” de cientistas depende de um sistema de outorga de sucessivas e formais qualificações ou habilitações (licenciatura, mestrado doutoramento, superação de provas para professor associado e investigador principal, etc.) que consubstanciam os momentos “em que alguém decide, ou deve decidir aquilo que é científico e aquilo que não o é” (A. Orsi Battaglini)<sup>84</sup>, e por conseguinte quem é ou não (formalmente) cientista – *rectius*, (uma valoração sobre) *quem* atinge ou não o grau de conhecimentos científicos correspondente à formal habilitação ou qualificação em causa. Naturalmente, os decisores, pese a sua obrigatória tendencial identificação com a comunidade científica, procedem às necessárias qualificações, em rigor, enquanto titulares de órgãos da administração pública, fazendo-o através de mecanismos procedimentais e organizatórios cuja constitucionalidade não pode obviamente deixar de ser aferida à luz da liberdade científica<sup>85</sup>.

Insista-se, no que respeita à liberdade de ciência, o que se pode apreciar também no direito comparado, é muito menos importante a dimensão negativa ou de direito de defesa<sup>86</sup> do que a dimensão positiva<sup>87</sup>; ora esta segunda dimensão revela-se desde logo no já referido sistema de formais qualificações ou habilitações, o qual implica que a concretização da mesma liberdade de ciência passe pela realização do direito à obtenção de tais qualificações ou habilitações<sup>88</sup> – direito este que oferece assim, para além da dimensão substantiva, uma importantíssima vertente *adjectiva*, consubstanciando-se também no direito à efectivação de estruturas

---

84 Libertà scientifica ..., cit., p. 105.

85 A. ORSI BATTAGLINI, op. cit., loc. cit.

86A qual, nas palavras de J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA (a propósito de outra liberdade fundamental – Constituição..., cit., p. 261) abrange quer o direito de não ser forçado a, quer de não ser impedido de, escolher um determinado objecto de estudo, para efeitos de teorização, investigação e comunicação e aplicação dos resultados destas actividades.

87Nesse sentido, ver J. J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, Constituição..., cit., p. 262, e JORGE MIRANDA, Direito..., v. IV, cit., p. 408.

88Sobre o direito à obtenção dos requisitos para o exercício de certas profissões, como concretização da liberdade profissional, ver J. J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA Constituição..., cit., p. 261.

organizacionais/procedimentais que garantam condições mínimas (prévias) de justiça (proibição do arbítrio), igualdade e imparcialidade nos procedimentos conducentes à obtenção dos ditos graus.

Tais estruturas são pois indissociáveis do próprio direito, enquanto condições da respectiva exequibilidade por constituírem a sua dimensão adjectiva<sup>89</sup> – dispensando por isso uma autónoma positivação na lei fundamental. Note-se não obstante que, no respeitante ao acesso e à progressão nas carreiras públicas especiais do ensino universitário e da investigação científica, a sobreposição de direitos, liberdades e garantias (designadamente do direito de acesso e progressão à/na função pública – art.º 47.2 CRP e da liberdade de ciência – art.º 42.º CRP) exige um reforço de protecção no que concerne à exigência da verificação de “condições de igualdade e liberdade” e à regra do acesso “por via de concurso” prescrita na primeira das citadas disposições de direito fundamental.

Antecipe-se desde já que constitui a primeira destas garantias procedimentais e organizacionais do examinando, dado o carácter especializado dos conhecimentos científicos, o ser ele avaliado (1) nos patamares superiores da hierarquia científica, por indivíduos já possuidores de grau ou qualificação *idêntica* (e por conseguinte já integrantes da categoria) à que se candidata e pertencentes à área de conhecimento em questão<sup>90</sup> e (2) nos patamares inferiores por cientistas possuidores de grau ou qualificação *superior* àquela a que se habilita. Com efeito, constitui esta regra a única garantia do examinando de poder vir a ser objecto de avaliação materialmente justa, ou seja, uma avaliação não arbitrária, respeitando-se ainda a igualdade de oportunidades a que têm direito cada um dos examinandos face aos demais – arbitrariedade que presuntivamente se produz (se pode produzir) se o avaliador tiver um nível certificado de conhecimentos inferior ou igual ao avaliado<sup>91</sup>.

---

89Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização, sep. BFDC, Coimbra, 1990, e Direito Constitucional, cit., pp. 651-654.

90Segundo o Tribunal Constitucional espanhol (Sentença do n.º 26/87, de 27 de Fevereiro, FJ n.º 12, ref. de BLANCA LOZANO, La libertad de cátedra, Madrid, 1995, p. 163), a homogeneidade das áreas de conhecimento dos membros das Comissões encarregados de decidir os concursos e de proceder subsequentemente ao preenchimento das vagas postas a concurso é requisito de preenchimento obrigatório pelo facto de tornar efectivo o princípio de igual acesso à função pública (art.º 23.º CE) em que se integram também os corpos docentes universitários, na medida em que, ao garantir que a mesma competência se reporta “aos conhecimentos próprios que correspondem às vagas objecto do mesmo” concurso”, assegura a “competência científica” dos membros da Comissão para valorar os méritos e a capacidade dos candidatos (“de acordo com os princípios de mérito e capacidade que estabelece o artigo 103.3 CE”).

91Note-se que o princípio da proibição do arbítrio não se confunde com o princípio da igualdade: tal como este, constitui uma manifestação do princípio da justiça, princípio este que por sua vez constitui um dos fundamentos do Estado de Direito: nas palavras do Tribunal Constitucional Federal alemão, “o princípio da proibição do arbítrio não é traduzido apenas pelo princípio da igualdade do art.º 3.º GG; ele aparece também como um princípio geral de direito que decorre da essência do Estado de direito – do princípio da justiça” (BVerfGE 72, 212 (218), ref. de O. JOUANJAN, Le principe d'égalité devant la loi

Finalmente, tenha-se uma vez mais presente que os direitos a organização e procedimento, do mesmo modo que os direitos a protecção, podem por sua vez ser direitos a prestações jurídicas ou direitos a prestações fácticas. Um direito a prestações jurídicas será por exemplo na liberdade ora analisada o direito de todos aqueles que obtenham o grau de doutor a serem inscritos, sempre que o solicitem, no colégio de especialidade adstrito ao Conselho Superior da Ciência, Tecnologia e Inovação correspondente à área científica do respectivo doutoramento<sup>92</sup>. Outro direito reconduzível a tal categoria será o direito a actos jurídico-públicos organizatórios e procedimentais que garantam condições mínimas (prévias) de igualdade e de imparcialidade nos procedimentos de avaliação conducentes às sucessivas categorias de cientistas previstas nas carreiras públicas de ensino universitário e investigação (provas públicas de mestrado e doutoramento, etc.).

E direitos a prestações fácticas serão nos exemplos que se acaba de referir os direitos a condições fácticas mínimas (prévias) de justiça (proibição do arbítrio), igualdade e de imparcialidade na organização e nos procedimentos das provas públicas de acesso aos graus e categorias das carreiras científicas (vertente fáctica da organização e procedimento).

## 2.5. A liberdade de ciência como liberdade

Os direitos fundamentais, na sua qualidade de direitos subjectivos, para além de serem garantidos como *direitos a acções negativas* e como *direitos a acções positivas*, podem-no ser ainda enquanto *liberdades* – sendo que estas últimas se caracterizam pela *alternativa de comportamentos*<sup>93</sup>, traço específico que as individualiza face aos demais “direitos, liberdades e garantias” (Gomes Canotilho)<sup>94</sup>.

Assume uma especial importância nesta estrutura lógica das liberdades como alternativas de comportamento a sua “*componente negativa*” (Gomes Canotilho) –

---

en droit allemand, Paris, 1992, p. 138). No nosso ordenamento constitucional o princípio da justiça é expressamente acolhido em mais do que disposição, nomeadamente no art.º 1.º CRP e no art.º 266.2 CRP

<sup>92</sup>Cfr. art.º 2.º do DL 146/96, de 26.08 (diploma que regula a constituição e funcionamento dos Colégios de Especialidade adstritos ao Conselho Superior de Ciência, Tecnologia e Inovação).

<sup>93</sup>Em princípio, enquanto o termo direito (subjectivo) é utilizado “quando se refere uma posição que tem como objecto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física, nome, integridade)” (J. C. VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., cit., p. 172), o termo liberdade pretende-se supor um espaço de decisão a salvo de ingerências estranhas (o mesmo é dizer, a possibilidade de uma alternativa de comportamentos ou decisões).

<sup>94</sup>Recorde-se, nem todos estes direitos fundamentais são liberdades, apontando o autor o direito à vida como exemplo paradigmático de um “direito, liberdade e garantia” que não pode ser considerado uma liberdade – o qual, sendo um “um direito (de natureza defensiva perante o Estado) não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre «viver ou morrer»)” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit., p. 1260). Naturalmente, as liberdades são apenas tributárias dos direitos fundamentais de defesa.

na liberdade ora em análise, desde logo, a escolha entre abraçar ou não a carreira de investigação científica ou a carreira universitária, entre obter ou não uma determinada habilitação ou qualificação no âmbito das mesmas carreiras, etc. Adiante-se agora como exemplo de restrição a esta componente negativa da liberdade de ciência determinados deveres que recaem sobre os investigadores e os docentes universitários no âmbito das instituições científicas a que pertençam, de se integrarem e participarem nos órgãos colegiais de carácter científico das mesmas instituições<sup>95</sup>.

## 2.6. A liberdade de ciência como garantia de competências

Por último temos ainda como posição jurídica constitutiva da liberdade de ciência as “competências” (como já vimos no sentido de “poder jurídico” e de direito de conformação”) adstritas a este direito fundamental – traduzindo-se esta posição “na possibilidade de o indivíduo praticar determinados actos jurídicos e, conseqüentemente, alterar, através desses actos, determinadas posições jurídicas”: segundo Gomes Canotilho, dado que as liberdades se caracterizam “por um momento negativo inerente às alternativas de comportamentos, a garantia de competências contribui para a criação de alternativas activas”<sup>96</sup>. Estas posições jurídicas são ainda próprias dos direitos fundamentais de defesa, existindo “tanto no direito público como no privado” – pelo que tanto “a celebração de um contrato” como “um acto administrativo constituem o exercício de uma competência”, modificando situações jurídicas “através de determinadas acções praticadas por quem possui competência”<sup>97</sup>.

É possível no quadro de determinadas relações jurídicas, e no âmbito de certos procedimentos administrativos, estar o titular do direito fundamental investido

---

95Cfr. a al. b) do n.º 4 do art.º 5.º (“Conteúdo funcional das categorias da carreira de investigação científica”) do DL 124/99, de 20.05 (Estatuto da Carreira de Investigação Científica): nos termos deste preceito “cabe também aos investigadores auxiliares, principais e coordenadores: ...b) Exercer as funções para eu hajam sido eleitos ou designados e participar nas sessões dos órgãos colegiais a que pertençam”.

Note-se que o facto de estes deveres decorrerem também do status «funcionarial» dos docentes e investigadores das instituições científicas públicas não anula o constituírem eles também restrições à vertente negativa da liberdade de ciência, já que esta liberdade, enquanto liberdade fundamental, repele tendencialmente quaisquer ónus ou deveres acessórios da actividade científica individual propriamente dita, mesmo que o cientista tenha com a instituição científica uma relação de emprego público.

96 Direito constitucional..., cit., pp. 550-551.

97 ALEXY, Teoria..., cit., p. 228. Como já tivemos oportunidade de sublinhar, o que caracteriza as competências (por confronto por exemplo com as acções simplesmente permitidas), na definição de JELLINEK, é o facto de elas agregarem “à capacidade de acção do indivíduo algo (...) que ele não possui por natureza”, estatuindo as disposições que se referem à validade das acções e negócios jurídicos “um poder fazer (können) jurídico expressamente conferido pelo ordenamento jurídico” (ALEXY, op. cit., p. 230).

numa competência “para cujo exercício não sejam necessárias acções de outros sujeitos jurídicos” (como acontece com o exemplo que se acaba de dar do contrato), sendo ele capaz por isso de modificar unilateralmente “a posição jurídica de outro sujeito jurídico” que desse modo se encontra na correspondente posição de *sujeição* – podendo inclusive a entidade em posição de sujeição ser um (órgão de um) ente público<sup>98</sup>.

É o caso da posição jurídica do “requerente” em tradicionais procedimentos administrativos descondicionadores do acesso a profissões protegidas (por excelência as profissões agrupadas em “Ordens” e “Câmaras”), nomeadamente quando se conclua ser o acto administrativo para que aparentemente tende o procedimento um simples acto declarativo, e não constitutivo – surgindo-nos o dito requerente em tal caso como titular de um direito potestativo face à Administração, que o mesmo requerente exerce com a mera entrega do requerimento.

Pois bem, uma vez que – e como adiante teremos a oportunidade de constatar – face à aptidão expansiva da liberdade de ciência, também os profissionais universitariamente titulados são sujeitos deste direito fundamental, então a posição jurídica do “requerente” nos ditos procedimentos administrativos descondicionadores do acesso a profissões protegidas agrupadas em “Ordens” (ou seja, a profissões cujo exercentes sejam por exigência legal indivíduos licenciados por instituições universitárias) será beneficiada por uma coincidência ou sobreposição de âmbitos de protecção em sede de direitos fundamentais. Com efeito, a mesma posição jurídica de poder estará nesses casos coberta simultaneamente por dois direitos, liberdades e garantias, designadamente pela liberdade de profissão (art.º 47.2 CRP) e pela liberdade de ciência (art.º 42.º CRP), postulando por conseguinte um reforço de protecção.

## Notas Curriculares

**João Pacheco de Amorim**, Doutor em Direito, especialidade em Ciência Jurídico-Política, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. A sua tese de doutoramento versou sobre Ordens Profissionais e direito de acesso à profissão tendo neste domínio publicado vários livros e artigos da especialidade. Tem exercido actividade docente em diversas Escolas de Direito entre as quais a Faculdade de Direito da Universidade Lusíada e a Faculdade de Direito da Universidade do Porto onde é professor auxiliar.

---

<sup>98</sup>Entre nós, fala VIEIRA DE ANDRADE na “existência de direitos fundamentais potestativos («poderes jurídicos», «direitos constitutivos», «direitos de conformação» ou «competências»), que correspondem ao poder de o particular produzir unilateralmente e inelutavelmente efeitos jurídicos que se impõem a todos ou, pelo menos, ao Estado (Os direitos fundamentais..., cit., pp. 177-178).