

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL
DA LIBERDADE DA CIÊNCIA,
DA PESQUISA E DO ENSINO E
SUAS LIMITAÇÕES. UMA VISÃO
DA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ¹**

Recebimento do artigo: 18/01/2008

Aprovado em: 31/01/2008

Holger Knudsen

Hamburgo, Alemanha

knudsen@mpipriv.de

Prof. Dr. Jur. Diretor da Biblioteca do Instituto Max-Planck para Direito Estrangeiro e Direito Internacional Privado em Hamburgo, Alemanha.

Débora Gozzo (tradução)

São Paulo, SP, Brasil

deboragozzo@terra.com.br

Doutora em Direito Civil pela Universidade de Bremen - Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster - Alemanha e pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil do UNIFIEO. Professora do curso de Mestrado do UNIFIEO. Advogada.

Sumário

1 A Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha, de 23 de maio de 1949. 2 A posição dos Direitos Fundamentais na Lei Fundamental. 3 Os métodos de interpretação da Constituição na Alemanha. 4 O artigo 5º da Lei Fundamental. 5 A Liberdade da Ciência, da Pesquisa e do Ensino conforme o artigo 5º (3) da Lei Fundamental. 6 Limitações da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino. 7 Conclusão. 8 Referências.

Resumo

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949 ("Lei Fundamental") arrola um catálogo de vinte e três (23) direitos fundamentais básicos. Um desses direitos é a liberdade de Pesquisa Científica e Ensino, previsto no artigo 5º, alínea 3 da Lei Fundamental alemã. Qualquer pessoa que alegue infração a seu direito fundamental por autoridade pública pode recorrer diretamente ao Tribunal Federal

Abstract

The Constitution of the Federal Republic of Germany of May 23th, 1949 ("Grundgesetz" / "Basic law" / "Lei Fundamental") names at its outset a catalogue of 23 different fundamental basic rights. One of the fundamental basic rights is the freedom of scientific research and teaching, laid down in article 5 section 3 of the German Basic Law. Any person alleging that a basic right has been infringed by public authority can file a direct constitutional complaint with the Federal Constitutional Court

¹ Meus agradecimentos à Professora Doutora Débora Gozzo pela tradução perfeita dos meus pensamentos, pela ajuda e pelas sugestões inestimáveis.

154 Constitucional. Este trabalho objetiva descrever o teor pessoal e institucional da noção de “liberdade científica” por meio de exemplos extraídos dos julgamentos da Corte Constitucional nessa área. Não se pode garantir liberdade de modo absoluto, porque isso poderia inevitavelmente violar o direito de outros ou ofender a ordem constitucional. Neste contexto, a liberdade científica precisa ser restringida no que diz respeito aos limites inerentes e legais da pesquisa e do ensino. Estes limites serão explicados e discutidos na última parte deste estudo, e serão ilustrados com decisões do Tribunal Federal Constitucional.

Palavras-chave

República Federal da Alemanha. Tribunal Federal Constitucional. Lei fundamental. Direitos fundamentais. Liberdade da Ciência. Liberdade da Pesquisa. Liberdade do Ensino. Colisão de Direitos Fundamentais.

(“*Bundesverfassungsgericht*”/ “*Tribunal Constitucional Federal*”). *This paper aims at describing the personal and institutional contents of the notion of “scientific freedom” by means of examples from the Constitutional Court’s judgments in the field. No freedom can be granted in an absolute manner because that could inevitably violate the rights of others or offend the constitutional order. In the context of this rule, scientific freedom must be restricted when it comes to inherent and legal limits of research and teaching. These limits are explained, and discussed, in the last part of the paper. They are also illustrated by judgements issued by the Constitutional Court.*

Keywords

Federal Republic of Germany; Federal Constitutional Court, Basic law; Basic rights; Freedom of science; Freedom of research; Freedom of teaching; Collision of conflicting basic rights.

Excertos da “Lei Fundamental” da República Federal da Alemanha²

Artigo 1º (3): Os direitos fundamentais a seguir vinculam, como direito imediatamente aplicável, os poderes legislativos, executivo e judiciário.

Artigo 2º (1): Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

Artigo 5º (1): Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito ou imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. A liberdade de imprensa

² Trechos da Lei Fundamental encontram-se vertidos para o português em: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão**. Berlim: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 1953-1967. A Embaixada da República Federal da Alemanha (Brasília) oferece gratuitamente, em sua página na internet, um link para uma versão completa em português da Lei Fundamental: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/indice_20geral.html>.

e a liberdade de noticiar por meio de radiodifusão e cinematografia são garantidas. Não haverá censura.

(2): Estes direitos têm seus limites fixados nas normas das leis gerais, nos dispositivos legais para a proteção da infância e juventude e no direito à honra pessoal.

(3): A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade do ensino não dispensa fidelidade à Constituição.

Artigo 19 (1): Quando, segundo essa Lei Fundamental, um direito fundamental puder ser restringido por lei ou com base numa lei, essa deverá ter caráter geral a não ser limitada a um caso particular. Além disso, a lei deverá fazer menção ao direito fundamental atingido, indicando seu artigo correspondente.

(2): Em nenhum caso pode ser um direito fundamental atingido em seu conteúdo essencial.

Artigo 93 (1): O Tribunal Constitucional Federal decide sobre (...) as Reclamações Constitucionais ajuizadas por qualquer um com a alegação de ter sofrido violação, por parte do Poder Público, de um de seus direitos fundamentais.

1 A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949

A designação da Constituição da República Federal da Alemanha como “Lei Fundamental” tem motivos históricos, que remontam ao ano de 1945.

Depois da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi dividida em três zonas de ocupação ocidental (americana, inglesa e francesa), numa zona de ocupação oriental (soviética), tendo permanecido inicialmente sem unidade estatal.

Nas zonas ocidentais, entre os anos de 1946-1947, constituíram-se Estados (*Länder*)³, Parlamentos estaduais (*Länderparlamente*) e Câmaras estaduais (*Länderregierungen*), cujos membros foram votados pelo povo. Essa decisão das forças de ocupação, de reviver os Estados nas zonas ocidentais, manteve forte tradição federativa da Alemanha.

Em agosto de 1948, foi elaborado projeto, sobre a futura Constituição alemã por grupo de especialistas, que ficou conhecido como Convenção de *Herrenchiemsee*.

³ *Land* (plural: *Länder*) ou *Bundesland* (plural: *Bundesländer*) é, na Alemanha, o estágio estatal intermediário. Constituído como esfera governamental ele tem o seu próprio parlamento e governo. As chamadas *Länder*, em sua totalidade, criam uma federação (*Bund*). Um *Bundesland*, portanto, corresponde *grasso modo*, no Brasil, ao Estado.

156 Depois disso, este projeto foi apresentado ao “Conselho Parlamentar” para mais uma adaptação. Durante a Convenção de *Herrenbiemsee* convocada pelas forças de ocupação ocidentais, votando-se nos integrantes do citado Conselho Parlamentar dos respectivos Parlamentos estaduais. O projeto já tinha assim – ainda que indiretamente – legitimação democrática. Após morosa discussão, o Conselho Parlamentar cumpriu sua missão no dia 8 de maio de 1949. O projeto de Constituição foi aprovado em primeiro lugar pelos três governadores militares do ocidente, e depois foi autorizado pelas Assembléias dos Estados (*Landtage der deutschen Länder*), publicando-se a “Lei Fundamental” no dia 23 de maio de 1949.

Com a expressão “Lei Fundamental”, no lugar do termo “Constituição”, buscava-se exprimir que ela deveria valer para um período de transição. No momento em que terminasse a divisão da Alemanha nas três zonas ocidentais (desde 23 de maio de 1949 como “República Federal da Alemanha”, como Estado próprio) e na zona oriental (desde 9 de outubro de 1949, como República Democrática da Alemanha, em Estado próprio), o artigo 146 da Lei Fundamental estabelecia que uma nova Constituição conjunta deveria entrar em vigor. Naquela época, os elaboradores da Lei Fundamental partiam do pressuposto de que a divisão alemã seria superada de forma rápida e dentro de poucos anos. Hoje se sabe mais: foram necessários quarenta e cinco anos até a reunificação.

Quando, porém, no dia 3 de outubro de 1990, depois da queda da Cortina de Ferro, quando os cinco novos Estados da República Democrática da Alemanha passaram a integrar a República Federal da Alemanha, a expressão “Lei Fundamental” já havia se firmado de modo abrangente, o que fez com que esse termo fosse mantido, apesar do teor inequívoco do artigo 146⁴.

Independentemente do alcance da designação, é a Lei Fundamental, *stricto sensu*, porém, verdadeira Constituição, acima de todas as outras leis alemãs, podia ser modificada somente pela maioria de três quartos das duas Casas do Parlamento alemão (Câmara Baixa e Câmara Alta).

2 A posição dos direitos fundamentais na Lei Fundamental

Depois da experiência da ditadura de 1933 a 1945, a Lei Fundamental foi concebida de forma bem consciente como moderna constituição. Ela apresenta os

⁴ Art. 146 “(Vigência da Lei Fundamental) Esta Lei Fundamental, que se aplicará a todo Povo Alemão uma vez concretizada a unidade e a liberdade da Alemanha, deixará de vigor no dia em que entrar em vigor uma constituição adotada pelo povo alemão por seu livre arbítrio.” Versão para o português no site: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art__146.html>.

Direitos Fundamentais acima de todas as normas constitucionais sobre a organização do Estado, assemelhando-se muito, neste aspecto, à moderna Constituição brasileira de 1988.

Com a decisão de reforçar a posição privilegiada dos Direitos Fundamentais, os elaboradores da Lei Fundamental realçaram o peso especial desses direitos para a democracia. De acordo com o artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental, os Direitos Fundamentais não são só disposições meramente declaratórias, mas norma diretamente aplicável. O cumprimento desses direitos pode ser exercido por todos os cidadãos, por meio de “reclamação constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Federal Constitucional em Karlsruhe⁵.

Os direitos fundamentais estão regulamentados nos artigos 1º a 17, 20, 33, 38, 101, 103 e 104. Trata-se dos seguintes direitos:

- Proteção da dignidade humana e da vinculação do Poder estatal aos direitos fundamentais (art. 1º);
- Liberdade da Pessoa e Direito à vida (art. 2º);
- Igualdade perante a lei, proibição de discriminação, igualdade entre homens e mulheres (art. 3º);
- Liberdade de crença, liberdade de consciência e liberdade de confissão religiosa (art. 4º);
- Liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de imprensa, liberdade de expressão artística, liberdade da ciência (art. 5º);

⁵ O Tribunal Federal Constitucional previsto nos arts. 92 a 100 da Lei Fundamental é um órgão constitucional autônomo, com dezesseis juízes. A ele compete decidir sobre todas as dúvidas referentes à Constituição. Os juízes que o integram são votados por 2/3 da maioria de cada Câmara parlamentar, para um período de doze anos. O Tribunal é, ademais, composto por dois Senados. O primeiro é responsável pelo julgamento de ações relativas à infração de Direitos Fundamentais. O segundo, para os litígios envolvendo órgãos constitucionais e controle de normas. As decisões do Tribunal vinculam o legislativo, o executivo e o judiciário. Uma decisão sobre o controle de normas relativo à validade das leis tem força de lei, e precisa ser publicada no Diário Oficial da União (*Bundesgesetzblatt*). Um juiz pode discordar da decisão, como no Brasil, apresentando seu voto em separado. A maior parte das decisões é publicada no *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*. Desde 1951 já foram publicados 117 volumes. Em sua página na internet (<<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html>>) encontram-se todas as decisões que foram prolatadas depois de 1998. Muitas delas foram colocadas na rede por particulares, em razão de sua importância. Para uma introdução em português a esse tema: MARTINS, Leonardo. Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional federal alemão. In: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão**. Berlim: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 33-124.

- Proteção do casamento, da família e dos filhos (art. 6º);
- Liberdade de educação (art. 7º);
- Liberdade de reunião (art. 8º);
- Liberdade de associação e de sindicato (art. 9º);
- Sigilo epistolar e sigilo telefônico (art. 10);
- Direito à livre determinação de estada na Alemanha (art. 11);
- Liberdade de profissão (art.12);
- Inviolabilidade do domicílio (art. 13);
- Direito à propriedade (art. 14)⁶;
- Proibição de expatriação e de extradição de cidadãos alemães (art. 16);
- Direito de asilo (art. 16a);
- Direito de petição (art. 17);
- Direito de proteção à natureza (art. 20a);
- Direito equiparado de acesso às repartições públicas (art. 33);
- Direito de votar (art. 38);
- Direito ao devido processo legal (art. 101);
- Proibição de retroatividade da lei penal e da dupla sanção (art. 103);
- Garantias legais sobre a privação da liberdade (art. 104).

3 Os métodos de interpretação da Constituição na Alemanha

Para compreender os parágrafos seguintes deve-se de início apresentar, ainda que brevemente, como os juristas alemães trabalham. É tarefa deles aplicarem as normas. Estas, todavia, contêm sempre abundância de conceitos jurídicos que necessitam ser interpretados, porque somente em casos raros os conteúdos desses conceitos são indiscutíveis e inequívocos. Neste sentido, o modo de pensar dos juristas alemães não se distancia daquele dos juristas de outros países. No entanto, há três particularidades, a saber:

⁶ O art. 15 não contém disposição de direito fundamental; ele prescreve as limitações ao direito de propriedade.

- 1) O direito alemão não conhece o efeito institucional vinculante dos casos precedentes. As decisões dos Tribunais superiores, embora sejam diretrizes para as instâncias inferiores, não os vinculam em todos os casos. As instâncias inferiores são livres para divergirem das decisões das instâncias superiores, desde que tenham bons argumentos para fazê-lo. Essa regra, porém, não vale para o Tribunal Federal Constitucional, pois suas decisões vinculam todos os outros órgãos estatais, como demonstrados acima.
- 2) Os tribunais não têm receio de informar a fundamentação das decisões em casos precedentes, bem como é prática comum citar ricamente a doutrina. Quanto mais conhecido é o autor, com maior frequência ele é citado e, quanto mais citado, mais conhecido ele se torna. No mundo jurídico esse fenômeno é conhecido como “efeito Mateus” (cf. Mateus 25, 29).
- 3) Os juristas alemães estão acostumados a trabalhar com Comentários. Eles existem praticamente para todas as leis da Federação e dos Estados. Sobre as principais leis (Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Lei Fundamental), aliás, há vários Comentários no mercado, que concorrem entre si.

Para a Lei Fundamental existe uma dúzia de Comentários⁷. Todos eles são de renomados constitucionalistas, consultados permanentemente. Não é incomum funcionários do Judiciário, ou ex-juízes do Tribunal Constitucional alemão, escreverem esses Comentários, ou coordenarem a obra.

Um jurista alemão, portanto, sempre consulta o Comentário correspondente à lei de que necessita para resolver um determinado caso, e procura embasar os fatos na jurisprudência e na doutrina. Os Comentários têm a fama de ser cuidadosamente trabalhados, podendo ser citados sem que a citação seja verificada!

Os Comentários à Lei Fundamental mencionam a jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional e a doutrina. Em razão do lugar que este Tribunal ocupa como Corte alemã máxima, e em razão do efeito vinculante de suas decisões, os Comentários à Lei Fundamental citam a posição da doutrina, mas não com a mesma intensidade como ocorre no caso de Comentários sobre outras leis.

⁷ Os quatro Comentários mais conhecidos e importantes são os seguintes: LEIBHOLZ, Gerhard et al. (Coord.) **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**. Colônia: Otto Schmidt, 2006; VON MANGOLDT, Hermann et al (Coord.). **Kommentar zum Grundgesetz**. 5. ed. Munique: Franz Vahlen, 2005 (3 volumes com complementação). MAUNZ, Theodor et al (Coord.). **Grundgesetz-Kommentar**. Munique: Beck, 2007; SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno et al (Coord.) **Kommentar zum Grundgesetz**. 10. ed. Neuwied, Luchterhand, 2004.

O presente artigo segue a tradição e a metodologia dos Comentários e cita, para elucidar os casos, as decisões do Tribunal Federal Constitucional.

4 O artigo 5º da Lei Fundamental

O artigo 5º prevê:

(1): Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra escrita ou por imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por meio de radiodifusão e da cinematografia são garantidas. Não haverá censura.

(2): Esses direitos têm seus limites fixados nas normas das leis gerais, nos dispositivos legais para a proteção da infância e juventude, e no direito à honra pessoal.

(3): A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade do ensino não dispensa a fidelidade à Constituição.

A Lei Fundamental diferencia o Direito dos Cidadãos, somente exercitado pelos cidadãos do Estado, e dos Direitos Humanos, que valem para todas as pessoas que vivem na Alemanha⁸.

O artigo 5º foi concebido como Direito do Homem, e vale para todos os que vivem na Alemanha, independentemente de sua origem, ascendência e nacionalidade. Em sua alínea 1 há uma lista de garantias em relação à liberdade de expressão, de informação e de imprensa, com previsão especial de que na Alemanha não deve haver censura prévia. Sem dúvida, pode acontecer de alguém ser atingido em seu direito de personalidade por afirmações inverídicas ou ofensivas, ou que normas do direito penal ou de proteção ao menor sejam infringidas por publicações. Para esses casos, o artigo 5º, alínea 2, contém limitação, e os atingidos podem ou não recorrer à Justiça. O direito constitucional influencia, portanto, o direito civil. As normas daquele autorizam os atingidos a propor suas pretensões relativas ao direito civil, contra particulares. Os direitos fundamentais produzem, assim, efeitos não só contra o Estado, mas, também, contra terceiros. Por isso, menciona-se nesses casos o efeito horizontal (*Drittwirkung*)⁹ das normas constitucionais.

⁸ Os artigos da Constituição que contêm dispositivos sobre os direitos do cidadão começam normalmente com as palavras “todos os alemães...”. Já aqueles que contêm disposição sobre o direito de todos começam, em geral, com as seguintes expressões “Todas as pessoas...”, “Todos...” ou “todo...”
⁹ O chamado *Drittwirkung* dos Direitos Fundamentais foi elaborado pela primeira vez na decisão do caso Lüth (Lüth-Urteil). Esta decisão foi publicada no vol. 7, p. 198 e s. do *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*. Trechos da decisão, em português, podem ser consultados em: Schwabe, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão**. Berlim: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 379-395.

A limitação do artigo 5º, alínea 2, corresponde inicialmente ao artigo 2º, alínea 1, da Lei Fundamental, que dispõe: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem.” Liberdade, pois, nem sempre é a própria liberdade, mas a liberdade dos outros!

A possibilidade prevista não só no artigo 5º, alíneas 1 e 2, mas também em outros dispositivos da Lei Fundamental, de limitar diretamente o direito fundamental correspondente por meio de lei, ou indiretamente, em razão de uma lei, denomina-se no direito alemão de “exceção legal” (*Gesetzesvorbehalt*). A Lei Fundamental estabelece que o legislador está autorizado a intervir em razão de cada um desses direitos fundamentais, em todos os casos, por quaisquer motivos, e dentro de quaisquer limitações. A “exceção legal” descreve, portanto, conteúdo, fim e extensão das restrições aos direitos fundamentais. Com isso se busca estabelecer proteção efetiva contra o poder estatal. Certamente nem toda norma atua como regra de limitação. Ela necessita, ao contrário, corresponder às rígidas exigências das alíneas 1 e 2 do artigo 19:

(1): Quando, segundo essa Lei Fundamental, um direito fundamental puder ser restringido por lei ou com base numa lei, essa deverá ter caráter geral e não ser limitada a caso particular. Além disso, a lei deverá mencionar ao direito fundamental atingido, indicando seu artigo correspondente.

(2): Em nenhuma hipótese um direito fundamental pode ser atingido em seu conteúdo essencial.

5 A Liberdade da Ciência, da Pesquisa e do Ensino conforme o artigo 5º (3) da Lei Fundamental

O artigo 5º, alínea 3, da Lei Fundamental também contém, por motivos históricos e sistemáticos, como direito fundamental autônomo, a liberdade da expressão artística. Esta se diferencia, porém, consideravelmente da Liberdade da Ciência¹⁰.

A Lei Fundamental menciona a “Ciência, a Pesquisa e o Ensino”. Isto não significa que eles sejam direitos que se posicionem lado a lado, mas sim que eles são uma unidade sob o Direito Fundamental da Liberdade da Ciência, visto que a ciência consiste não só no ganho de conhecimentos (pesquisa), como também na transmissão desses conhecimentos (ensino). Os conceitos de “Pesquisa” e “Ensino” concretizam, portanto, como elementos constitutivos *sui generis* do conceito de “Ciência”, como será mostrado a seguir.

¹⁰ Como a liberdade da expressão artística merece análise própria, não será tratada neste artigo.

Em uma decisão antiga, do ano de 1956, o Tribunal Federal Constitucional já havia se manifestado como segue: “A ciência é obviamente livre, podendo ser exposta, erudita, mais evoluída, mas certamente também discutida e combatida”¹¹.

O Tribunal Federal Constitucional descreveu os conteúdos da Liberdade da Ciência, principalmente na decisão de 29 de maio de 1973, que ficou conhecida como “Decisão da Universidade” (*Hochschulurteil*)¹². Nela se cuidou de ação proposta por 398 professores sobre a pergunta - negada pelo Tribunal¹³ -, se na autonomia administrativa de instituições estatais de ensino superior, todos os grupos (professores titulares, outros docentes, estudantes, pessoal sem qualificação acadêmica) deveriam ser considerados de forma igualitária e paritária. Embora esta problemática não seja mais atual¹⁴, o conteúdo da decisão sobre a Liberdade da Ciência, contudo, permanece até hoje.

Essa decisão tem um componente objetivo e outro subjetivo.

No sentido objetivo, ela estende a garantia da liberdade do artigo 5º à definição do Tribunal Federal Constitucional “sobre toda a atividade científica”. Isto significa sobretudo o que, em consonância com o conteúdo e a forma, possa ser visto como tentativa séria e planejada de investigar a verdade. Isto deriva direta e principalmente da abertura de todo conhecimento científico. O conceito comum de “Ciência” traduz os termos “Pesquisa” e “Ensino”. Pesquisa (como atividade intelectual, com os objetivos de alcançar novos conhecimentos de modo metódico, sistemático e comprovável) provoca sempre, em vista de novas questões, o avanço da ciência. Ao mesmo tempo ela é o pressuposto essencial para garantir o caráter da doutrina fundamentada na transmissão da ciência, por meio do conhecimento adquirido pela pesquisa¹⁵.

¹¹ BVerfGE, vol. 5, p. 145. Trata-se de uma decisão que proibiu as atividades do Partido Comunista alemão. De acordo com a decisão, fundamentou-se a proibição não no “marxismo científico” do Partido Comunista (KPD), mas nas atividades do Partido, contrárias à Constituição.

¹² BVerfGE, vol. 35, p. 79 e s. Também publicada na *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1973, p. 1176 e s.

¹³ Houve, no entanto, o voto em separado de dois juízes. Isto também é um sinal de que a sentença cuidou de dúvida que foi vista pelos juizes como especialmente essencial e existencial.

¹⁴ Essa problemática só pode ser entendida no contexto da “revolução estudantil”, na Europa, em maio de 1968. Naquela época, por pressão dos estudantes, os órgãos universitários de muitos Estados alemães, vistos como hierárquicos, autoritários, não democráticos e apolíticos foram ocupados de acordo com a nova lei de paridade do ensino superior (*Hochschulgesetz*).

¹⁵ BVerfGE vol. 35, p. 79 e 113. Esta definição “idealista” do Tribunal Federal Constitucional foi, naquela ocasião, bastante contestada, pois ela descrevia a essência da atividade científica, mas não o seu conteúdo. Uma boa apresentação daquela discussão pode ser encontrada em: FREUNDLICH, Peter. **Zur Interpretation des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit**. Gotinga: Tese de Doutorado, 1984, p. 191-194.

No sentido subjetivo, o artigo 5º, alínea 3, protege o direito à liberdade

da atividade científica nele contido, contra ataques estatais e contra qualquer um ativo na área da ciência, ou que nela queira atuar. Esse espaço de liberdade do cientista é protegido fundamentalmente sem reservas, nele imperando a liberdade absoluta perante toda ingerência do poder público. Nesse espaço de liberdade cabem especialmente os processos assentados na própria estrutura e dinâmica da ciência, modos de agir, decisões pela descoberta de conhecimentos, sua interpretação e continuação. Todo aquele que atua na área da ciência, da pesquisa e do ensino tem (...) um Direito de defesa contra toda atuação estatal sobre o processo de produção e mediação dos conhecimentos científicos¹⁶.

A organização das aulas encontra-se basicamente nas mãos dos professores universitários. Pertence à sua liberdade de ensino, estabelecer seu conteúdo e seu andamento¹⁷.

A segunda decisão magistral do Tribunal Federal Constitucional sobre Liberdade da Ciência é do ano de 1978. Enquanto cinco anos antes se cuidava, em primeira linha, do direito de participação dos cientistas, nesta decisão a Corte ocupou-se dos conteúdos e do controle social da Ciência. Os autores da demanda, cientistas da Universidade, posicionaram-se contra a obrigação, em conformidade com as normas da Universidade do Estado de Hessen, “de levarem em consideração as conseqüências sociais de todas as atividades de pesquisa”. Mas o Tribunal Federal Constitucional, que entendeu que as normas da Universidade estavam praticamente em conformidade com a Constituição, manifestou suas notáveis reflexões sobre o valor da liberdade:

A favor da Liberdade da Ciência deve-se considerar sempre o ... pensamento, que justamente uma ciência que seja livre de considerações sobre a sua utilidade para a sociedade, e que não seja conveniente politicamente, é a que melhor serve, em resumo, ao Estado e à sociedade¹⁸.

6 Limitações da Liberdade de Ciência, de Pesquisa e de Ensino

Quando se analisa com exatidão o artigo 5º da Lei Fundamental pode-se perceber que ele – com exceção da fidelidade dos cientistas à Constituição –, não contém qualquer limitação explícita à Liberdade da Ciência, da Pesquisa e do Ensino. Nisso diferencia-se o artigo 5º, alínea 3, das alíneas 1 e 2 da Lei Fundamental. No entanto, ainda que não exista qualquer restrição a esses Direitos Fundamentais, existem

¹⁶ BVerfGE, vol. 35, p. 79 e 112 e s.

¹⁷ BVerfGE, vol. 55, p. 37 e 68. Nesta decisão do ano de 1980 também se tratou da participação dos estudantes na autogestão acadêmica.

¹⁸ BVerfGE, vol. 47, p. 327 e 370.

164 restrições éticas e imanentes, que se inferem do texto constitucional. Os direitos do Estado e administrativo alemães derivam do princípio da proporcionalidade e, por isso, a Liberdade da Ciência não pode ser ilimitada. Assim, por exemplo, um médico não pode deixar de se importar com os direitos à vida e à saúde de seu paciente ao realizar experimentos clínicos, porque não se pode, em nome da Liberdade da Ciência infringir o direito penal. O mesmo vale para os casos em que sejam revelados segredos de Estados ou que possam colocar em perigo a defesa do país. A proteção à honra prevista no artigo 5º, alínea 2, vale também para o cientista: um historiador não pode, por exemplo, sob o manto da Liberdade da Ciência fazer afirmações ofensivas.

A colisão entre a Liberdade da Ciência de um lado, e a proteção de outros direitos garantidos constitucionalmente de outro, precisam, então, ser considerados em relação ao princípio da proporcionalidade, e no âmbito da ordem de valores dos princípios. Essas “colisões entre direitos fundamentais”, na Alemanha, são tradicionalmente resolvidas de acordo com a interpretação constitucional. Sobre isso o Tribunal Federal Constitucional prolatou uma decisão revolucionária, em 1971¹⁹, em que foi exposto: Por outro lado, o direito à liberdade do artigo 5º, alínea 3, não é garantido sem restrições. A garantia de liberdade do artigo 5º, alínea 3 deriva, assim como todos os direitos fundamentais, da idéia de pessoa (*Menschenbild*) da Lei Fundamental. Isto significa que a pessoa se desenvolve livremente como personalidade, dentro do grupo social, com responsabilidade própria.²⁰

No conflito entre a

Liberdade da Ciência e a proteção de outros bens jurídicos garantidos constitucionalmente (...) confronta-se aquela com os (...) valores que com ela colidem, sem preferência. Mesmo sem restrição, os direitos garantidos à liberdade necessitam ser vistos no âmbito da responsabilidade de associação²¹.

Em uma decisão de 1981, o Tribunal Federal Constitucional ocupou-se da estrutura híbrida das clínicas universitárias como uma empresa de serviços e como Centro de pesquisa. Aqui os professores de medicina viram a liberdade da ciência

¹⁹ BVerfGE, vol. 30, p. 173 e 193: “Mephisto-Urteil” (“Decisão Mefisto”). Trechos dessa decisão também foram publicados em: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional**. Berlin: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 496-500. Nesta decisão cuidou-se de um romance aparentemente fictício, mas que foi claramente fundamentado na história real de um famoso diretor com passado fascista. O Tribunal Federal Constitucional chegou à conclusão de que os direitos de personalidade dele foram atingidos.

²⁰ BVerfGE, vol. 30, p. 173, 193.

²¹ BVerfGE, vol. 47, p. 327 e 369 (v. nota de rodapé nº 18, supra).

ser prejudicada, por terem sido subordinados a meros chefes de instrução do setor. O Tribunal Federal Constitucional constatou claramente nessa colisão entre um ótimo e organizado acompanhamento médico, e a liberdade de pesquisa, que o médico de clínica universitária deve ter a oportunidade de pesquisar, mas neste caso essa liberdade da ciência “não pode ser garantida ilimitadamente”²².

Sobre isso é preciso respeitar, também nas pesquisas empíricas, o direito à proteção de dados. Este foi estabelecido pelo Tribunal Federal Constitucional em sua conhecida decisão de 1983, sobre o censo (*Volkszählungsurteil*)²³. Naquela época a Justiça proibiu um censo planejado anteriormente, porque incluía perguntas pessoais aos pesquisados. De acordo com esta decisão, o direito de autodeterminação informacional só poderia ser restringido dentro de fronteiras já estabelecidas. A isto se acrescenta a valoração dos dados para fins científicos.

Em uma decisão de 1995 cuidou-se do fortalecimento da posição dos decanos nas Instituições de Ensino Superior do Estado da Renânia do Norte. Contra essa posição recorreram os professores. O Tribunal Federal Constitucional entendeu não haver fundamentação para a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), mas incluiu em sua decisão o que segue *obiter dictum*:

O país precisa cuidar para que haja instituições que tenham a funcionalidade de uma empresa que exerça livremente a atividade da ciência, e que o direito fundamental da atividade científica livre, por meio de medidas de segurança organizacionais, continue intangível, bem como levar em consideração, tanto quanto possível, as outras tarefas legítimas dos estabelecimentos científicos e os diferentes direitos fundamentais dos envolvidos. Com isso o legislador pode ordenar, conforme seu entendimento, a organização das universidades, enquanto for garantido que o ponto central da atividade científica permaneça sendo a autodeterminação do portador do direito fundamental individual²⁴.

Por fim, uma decisão do Tribunal Federal Administrativo²⁵ pôs termo à discussão: os princípios do funcionalismo público (na Alemanha regulamentado no artigo 33, alínea 5, da Lei Fundamental) contêm um dever de discricionariedade. Um

²² BVerfGE, vol. 57, p. 70 e 99.

²³ BVerfGE, vol. 65, p. 1 e s. Trechos dessa decisão encontram-se publicados em: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional**. Berlin: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 233-245.

²⁴ BVerfGE, vol. 35, p. 79 e 115; BVerfGE, vol. 93, p. 85 e 95.

²⁵ A competência para ações propostas por funcionários públicos é do Fórum Administrativo. Por isso o Tribunal Federal Administrativo pode, excepcionalmente, decidir de forma autônoma sobre o direito constitucional. A decisão encontra-se publicada em *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* (BVerwGE, vol. 37, p. 265 e 268).

166 funcionário público, que seja pesquisador, não pode, sob o manto da Liberdade da Ciência, agir contra esse dever de discricionariedade.

7 Conclusão

A Liberdade da Ciência com os seus dois componentes “Pesquisa” e “Ensino” não tem o mesmo valor que outros Direitos Fundamentais, porque ela diz respeito só a um pequeno grupo. Como Lei Fundamental das instituições de ensino superior, todavia, é imprescindível.

Ainda não é claro o que o termo “Ciência” significa para a Constituição. No fundo, a solução para essa questão só é possível pela casuística. Como o artigo 5º, alínea 3, é norma constitucional, o conceito de “Ciência” somente pode ser precisado com a ajuda da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional. Este, por sua vez, defende visão liberal, elitista e idealista de “Ciência”, que remonta a Wilhelm von Humboldt²⁶. Essa noção da Liberdade da Ciência atende muito bem à República Federal da Alemanha.

Como todo direito fundamental, a liberdade da ciência não é ilimitada. O Tribunal Federal Constitucional ocupou-se dela diferentemente, em especial na época da reorganização das universidades alemãs há aproximadamente trinta (30) anos. Não é surpresa que o Judiciário, ao interpretar a Constituição, tenha encontrado um meio-termo entre liberdade da ciência e posição de importância e igualdade dos direitos fundamentais. No geral as limitações da liberdade da ciência na jurisprudência, em comparação com outros direitos fundamentais, são perceptíveis.

8 Referências

LEIBHOLZ, Gerhard et al. (Coord.). **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**. Colônia: Otto Schmidt, 2006.

MAUNZ, Theodor et al. (Coord.). **Grundgesetz-Kommentar**. Munique: Beck, 2007.

SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno et al. (Coord.) **Kommentar zum Grundgesetz**. 10. ed. Neuwied, Luchterhand, 2004.

SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinqüenta Anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão**. Berlim: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

VON MANGOLDT, Hermann et al. (Coord.). **Kommentar zum Grundgesetz**. 5. ed. Munique: Franz Vahlen, 2005.

²⁶ Reformador do Estado prussiano e da Universidade (1767-1835). Irmão do viajante, pesquisador e erudito Alexander von Humboldt.