

## A EXCEÇÃO DO DIREITO: ENTRE CARL SCHMITT, GIORGIO AGAMBEN E NIKLAS LUHMANN

### THE EXCEPTION OF LAW: BETWEEN CARL SCHMITT, GIORGIO AGAMBEN, AND NIKLAS LUHMANN

João Salles Pinto<sup>1</sup>

#### RESUMO

Nas transformações experimentadas pela sociedade contemporânea, a multiplicação de riscos, a instabilidade das estruturas institucionais e o incremento da complexidade social colocam o sistema jurídico diante de situações nas quais a produção da decisão ocorre em condições marcadas por intensa incerteza. Partindo dessa problemática, o presente artigo busca reconstruir teoricamente o conceito de exceção no âmbito do direito contemporâneo, tomando como referências fundamentais as formulações de Carl Schmitt e Giorgio Agamben. Mais do que simplesmente confrontar essas perspectivas, pretende-se identificar seus limites e, a partir deles, deslocar a observação do fenômeno para uma abordagem de caráter pragmático-sistêmico de matriz Luhmanniana. Sob essa perspectiva de Luhmann, a exceção pode ser compreendida não apenas como ruptura da ordem jurídica ou como manifestação de uma decisão soberana, ou ainda uma arqueologia da captura da vida em termos jurídicos, mas como uma modalidade de tratamento da contingência produzida no próprio operar do sistema jurídico.

Palavras-chave: Luhmann; Carl Schmitt; Giorgio Agamben; Exceção; Teoria do Direito

#### ABSTRACT

In the transformations experienced by contemporary society, the multiplication of risks, the instability of institutional structures, and the increasing complexity of social relations place the legal system in situations in which decision-making takes place under conditions of profound uncertainty. The present article seeks to reconstruct theoretically the concept of exception within contemporary law, taking as its fundamental points of reference the formulations developed by Carl Schmitt and Giorgio Agamben. Article seeks to identify their limitations and, from this point of departure, to shift the observation of the phenomenon toward a pragmatic-systemic approach grounded in Luhmannian theory. From this Luhmann perspective, the exception may be understood not merely as a rupture of the legal order, as the manifestation of a sovereign decision, or even as an archaeology of the juridical capture of life, but as a particular mode through which contingency is processed within the operation of the legal system itself.

Key words: Luhmann; Carl Schmitt; Giorgio Agamben; Exception; Legal Theory

<sup>1</sup>Pós-Doutor em Teoria do Direito pela Universidade do Vale do Rio Sinos. Doutor em Direito, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/1869048059845984>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7374-8736>. E-mail: [jpsalles9@gmail.com](mailto:jpsalles9@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a intensificação dos riscos globais, das crises institucionais e da crescente complexidade social tem ampliado a recorrência de situações em que o direito é chamado a decidir sob condições de elevada contingência. A emergência de acontecimentos que não encontram correspondência imediata nos padrões normativos previamente consolidados evidencia os limites das expectativas jurídicas estabilizadas e desloca para o centro da reflexão teórica o problema das condições de possibilidade da decisão.

Em tais contextos, nos quais a insuficiência de respostas normativas previamente estabilizadas se torna evidente, emerge uma questão central para a teoria do direito contemporânea: como o direito produz decisões quando confrontado com situações que desafiam suas próprias estruturas de estabilização, isto é, em situações de excepcionalidade?

O presente artigo propõe uma reconstrução teórica do problema da exceção no direito contemporâneo, examinando os limites das concepções desenvolvidas por Carl Schmitt e Giorgio Agamben e, propõe a partir destas, uma forma distinta de explicitação.

Tendo-se em vista uma metodologia pragmático-sistêmica- releitura fundamentada na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos com sua aplicabilidade conceitual como meio e forma de pesquisa- sugere-se, após as colocações das posições teóricas de Schmitt e Agamben, que a exceção, na maneira luhmmaniana, pode ser observada, também, como uma fórmula evolutiva de contingência, indispensável à continuidade da comunicação jurídica diante de situações de elevada indeterminação.

Sustenta-se, por consequência, que a exceção não deve ser compreendida apenas como ruptura da ordem jurídica ou suspensão da normalidade, mas também como elemento funcional da produção da decisão jurídica em uma sociedade funcionalmente diferenciada. Metodologicamente, portanto, a investigação adota uma abordagem (pragmático-sistêmica) compreendida como uma estratégia de reconstrução conceitual que toma a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos como matriz de observação e desloca a análise do fundamento político-jurídico da exceção para as operações organizacionais mediante as quais o sistema jurídico produz decisões.

Sob essa perspectiva de Luhmann, a exceção pode ser compreendida não apenas como ruptura da ordem jurídica ou como manifestação de uma decisão soberana, ou ainda uma arqueologia da captura da vida em termos jurídicos, mas como uma modalidade de tratamento da contingência produzida no próprio operar do sistema jurídico.

Nesse contexto, aponta-se a categoria da exceção, não como um juízo acusatório, um Estado de Exceção”, apologético ou moralmente valorativo, ou ainda, uma forma de gênese do poder jurídico-político, mas como uma categoria pragmático-sistêmica destinada a visualizar a posição paradoxal ocupada pelos tribunais centrais, chamados a decidir precisamente em situações nas quais a não decisão deixa de constituir uma possibilidade.

Sob essa perspectiva, a exceção revela-se um mecanismo de estabilização da comunicação jurídica (uma fórmula de contingência, por conseguinte), permitindo a preservação da autonomia funcional do direito e a continuidade de sua evolução em contextos de elevada complexidade.

## 1- DIREITO E EXCEÇÃO DESDE CARL SCHMITT

Como diz Giorgio Agamben (2010), é mérito inaugural de Carl Schmitt, para além de qualquer discussão de escolhas pessoais e políticas, a teorização moderna do estado de exceção, ou mesmo da exceção em termos jurídicos. Nesta instância de debate, era objetivo do autor, sobretudo, exigir um repensamento das categorias abstratas de aplicação, objetividade e normatividade do direito que, em seu contexto no século XX, assentava-se como pensamento em construção no então positivismo jurídico.

Destarte, isto “redundará”<sup>2</sup>, ao menos, naquilo que autores consagrados (como Hans Kelsen) definiram como premissa para o pensamento jurídico moderno normativo que se sucedeu à essas evoluções históricas: “a democracia é a expressão de um relativismo político e de uma cientificidade, liberta de milagre e dogmas, fundamentada na razão humana e na dúvida da crítica” (Schmitt, 2006, p. 40; Kelsen, 1920).

Há, como destaca Leonel Severo Rocha (2006; 1984), uma tentativa de repensar a questão epistemológica jurídica inclinada com as premissas de neutralidade científica da democracia. Assim, a lógica normativa e científica do direito irá procurar consolidar-se, sobretudo, com Kelsen, sem embargo, liberando-se, em especial, do sincretismo político, das metafísicas, da ótica da questão imperativa e intervencionista da soberania em relação ao decisionismo personalista da autoridade (a lei, por exemplo, como vontade particular do soberano), ou até mesmo da ótica puramente sociológica-metajurídica, isto é, da relação intrínseca com o mundo decisivo dos fatos<sup>3</sup>.

Em outras palavras, procurando sempre não se envolver com as questões da excepcionalidade decisória, e buscando traçar critérios científicos objetivos para análise<sup>4</sup>. A construção kelseniana desloca a questão da validade jurídica para uma estrutura normativa formal, reduzindo a centralidade teórica atribuída por Schmitt à decisão soberana diante do caso excepcional.

<sup>2</sup> Redundará, pois, de fato, não se pode dizer sem margem de erros que o pensamento liberal clássico possuía intrinsecamente conotações que o confundiam estritamente com o pensamento democrático. Ver nesse sentido: ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-racional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

<sup>3</sup> “Desde o início considerei a teoria do Estado parte integrante da teoria do direito. Na minha obra *Reine Rechtslehre* [Teoria Pura do direito], publicada em 1934, e no meu livro *General theory of law and State* (Harvard University Press, 1945), apresentei minhas teorias do direito e do Estado como unidade sistemática. A questão decisiva com relação à essência do Estado me parecia ser o que constitui a unidade na multiplicidade dos indivíduos que compõem essa comunidade. E não pude encontrar outra resposta cientificamente fundamentada a essa questão senão a de que é um ordenamento jurídico específico que constitui essa unidade, e de que todas as tentativas de fundamentar essa unidade de modo metajurídico, ou seja, sociológico, devem ser consideradas fracassadas. A tese de que o Estado, do ponto de vista de sua essência, é um ordenamento jurídico relativamente centralizado, e de que, por conseguinte, o dualismo entre Estado e direito é uma ficção apoiada em uma hipostasia animística da personificação, com auxílio da qual se costuma apresentar a unidade jurídica do Estado, tornou-se um elemento essencial da minha teoria do direito.” (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2018, p. 71-72).

<sup>4</sup> “Em 1920 foi publicada uma monografia minha, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (A essência e o valor da democracia) na qual desenvolvi, entre outras ideias, a de que a ideologia democrática corresponde a uma concepção fundamental empírico-relativista, enquanto a tendência às formas autocráticas está relacionada com uma metafísico-absolutista” (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2018, p. 32).

Em assim o sendo, algo como uma teoria do direito, por exemplo, em Kelsen, dever-se-ia voltar-se à construção de um conceito autônomo, sistemático e metalinguístico, a “norma jurídica”, em unidade sistemática com a teoria do Estado (Kelsen, 2018, p. 23-24).

Por conseguinte, é na distinção entre direito e fato que a logicidade normativa do direito esquadrinhará encontrar um campo de tentativa de solidificação (Kelsen, 2018, p. 30-34), principalmente, frente à máxima da “cientificidade pela disposição democrática” que, no momento, construía seus contornos (Schmitt, 2006). Consequentemente, a noção de “norma jurídica”, como algo que condiciona um fato material específico a uma esquemática interpretação jurídica, portanto, que se distingue da dimensão de conceitos como soberania e decisão para remeter à ótica jurídica ao objetivamente válido de uma norma impessoal. Por não se reduzir inteiramente aos fatos sociais tematiza-se distintamente e teoriza-se metalinguisticamente a partir de uma ciência que se separa analiticamente da realização de seu objeto. (Kelsen, 2018, p. 23-34).

Deste modo, é mesmo em relação à este lugar de contradição entre o, racionalismo da lei, o normativismo objetivo e a sociologia da realidade fática concreta contingencial de crises e efetivação de direitos (entre segurança, mudança e decisão) onde constantemente se acirraram os debates sucessores sobre a teoria do direito<sup>5</sup> que, em especial, nas discussões primevas sobre a concepção racionalizante da lei, ou nas posturas objetivas normativas, encontrará na ciência do direito e na práxis jurídica os representantes e portadores indispensáveis de sua “razão teórica”.

Assim, não é mesmo sem intenções descontextualizadas que, Carl Schmitt, logo em suas obras iniciais no início do século XX como, por exemplo, *Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*<sup>6</sup> (1912), mostrou como admissível pontuar uma crítica em relação à redução da decisão jurídica à abstrações, ou, melhor, da facticidade a uma realidade recortada<sup>7</sup>. Algo que “torna Schmitt, naquele contexto, um dos mais fortes

<sup>5</sup> O Direito se procura notar, por consequência, como uma das formas racionais de manifestação do poder, isto é, da generalização da racionalização e sistematização estratégica autônoma que construiu a modernidade do mundo. Autores como Weber irão constatar que a Racionalidade moderna constitui-se na capacidade de Generalização e Sistematização de entendimentos específicos. A Generalização do direito se dará de duas formas. A primeira, chamada de “pressupostos jurídicos” é a tentativa de verificar a partir das próprias decisões como o direito se “comporta” e vai se comportar. Assim, a partir da comparação de casos em que se decidiu de determinada maneira, faz-se possível generalizar algo. Por outro lado, o movimento de tentar definir representações de fatos da vida em colocações jurídicas, este chama de construção sintética, a segunda etapa da generalização. O fato da vida vem a ser no direito pertencente a um instituto jurídico que o generaliza. Um exemplo aqui seria as questões de propriedade e posse que, generaliza, Juridicamente, as noções de apreensão e responsabilidade sobre e das coisas. A sistematização racional e material (característica especialíssima do direito moderno), por outro lado, ocorre quando tais generalizações ganham a dimensão de sistema. Em outras palavras, a situação jurídica sempre será resolvida pelo direito de maneira a garantir uma continuidade consistente, procurando se construir a partir de regras logicamente claras e sem contradições. Ver nesse sentido: WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Esbozo de sociologia compreensiva. México: FCE, 1992. Disponível em: <https://sociologia1unpsjb.files.wordpress.com/2008/03/weber-economia-y-sociedad.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2026.

<sup>6</sup> SCHMITT, Carl. *Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. Berlin: O. Liebmann, 1912, p. 30. Traduzido por CASTELO BRANCO como “Lei e Julgamento. Uma Investigação sobre o Problema da Práxis do Direito”. CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas. *Decisão e Secularização na Reflexão de Juventude de Carl Schmitt*. *Dados*, vol. 60 n. 4, 2017, p. 1143–1176. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/001152582017144>. Acesso em: 05 jun 2026.

<sup>7</sup> Destarte, ao menos desde Kelsen, a realidade só se faz captada pela lógica jurídica tendo em vista o aspecto normativo que lhe dá um esquema de interpretação. Ver nesse sentido: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

representantes da colocação do problema da ruptura/separação que se alocava entre o jurídico, o fático e os mecanismos de desformalização da lei”<sup>8</sup>. “Logo, o que estrutura basicamente o pensamento do autor, trata-se da fenda intrínseca à problemática da realidade, representada, sobretudo, por uma busca de secularização” (Pinto, 2026), relacionada à observação da contingência decisória, que se tornará princípio e método de sua investigação.

De fato, o jurista, sempre que possível, “sustentará a necessidade de emancipar (secularizar) a decisão judicial das rédeas da vontade da lei” (Castelo Branco, 2017). Posto isso, o que irá formar pensamento jurídico do autor, trata-se das discussões sobre a abertura do pensamento jurídico à problemática do realismo da interpretação, decisionismo e aplicação jurídica livre de quaisquer mistificações, ainda que voltadas à questão do positivismo.

Consequentemente, a crítica proposta em relação ao esgotamento da teoria do direito, inclusive, em campos normativos, abstratos, objetivos, intui desvelar, sem embargo, que a intenção dos “positivismo’s”<sup>9</sup> na seara jurídica, buscava, sobretudo, escamotear, ou se abster de problematizar o caráter concreto e decisionista da realidade.

Decerto, também como ressalta Giorgio Agamben, é na obra *A ditadura (Die Diktatur)* de 1921 que gesta-se as posições daquele já afamado “estado de exceção”<sup>10</sup> que será amplamente sublinhado no livro *Teologia Política (Politische Theologie)* de 1922. Ali, sem embargo, é que o autor procura delinear os fundamentos de seu pensamento jurídico das questões de crise e de uma situação de suspensão do direito como diferentes do caos, da anarquia. Constroi-os, por consequência, buscando, assim, encontrar uma articulação inicial entre situações de crise e ordem jurídica a partir da ótica romana da *ditadura*<sup>11</sup>.

Por conseguinte, tendo em vista esse ponto acima destacado que, na *Teologia Política (Politische Theologie)* de 1922, Schmitt vai propor *definitivamente* a lógica “e o nome do

<sup>8</sup> De fato, é nesta mesma época que Kelsen publica o seu famoso *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) e também *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie* (1915), em que dá continuidade à proposta de uma lógica sistemática jurídica tenho em vista o positivismo jurídico científico que, sem embargo, carrega um amplo histórico de debates que vão desde a escola histórica por Savigny às suas transformações genealógica conceitual em Puchta e lógico-sistemática em Jhering. Em verdade, nestes textos é que se gesta a questão de que em Kelsen é a separação entre fato e norma (a releitura da distinção neokantiana de *sein/sollen*) que permite construir uma teoria distinta e separada para o direito. Ver, neste sentido: PAULSON, Stanley. Hans Kelsen’s earliest legal theory: critical constructivism. In: PAULSON, Stanley; PAUSON, Bonnie (ed.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998b. p. 23-44. PAULSON, Stanley. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente: Kelsen como neokantiniano. *Doxa*, Alicante, n. 26, 2003. p. 547-582. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-la-distincion-entre-hecho-y-valor-la-doctrina-de-los-dos-mundos-y-el-sentido-inmanente-hans-kelsen-como-neokantiniano>. Acesso em: 1 de jun de 2026.

<sup>9</sup> Para verificar as variadas dimensões dessa concepção ver: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Letramento: Casa do direito, 2020.

<sup>10</sup> Neste sentido: “A doutrina schmittiana do estado de exceção desenvolve-se estabelecendo, no corpo do direito, uma série de cesuras e de divisões, cujos extremos são irreduzíveis um ao outro, mas que, através da sua articulação e oposição, permitem que a máquina do direito funcione”. (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. 55). Outrossim, este termo vai aparecer expressamente em obras posteriores como a *Teologia Política* de 1922.

<sup>11</sup> “No livro de 1921, o estado de exceção é apresentado através da figura da ditadura. Esta, que inclui o estado de sítio, é, no entanto, essencialmente, -estado de exceção- e na medida em que se apresenta como uma suspensão do direito- reduz-se ao problema da definição de uma exceção concreta [...], um problema que até agora não foi tido na devida consideração pela doutrina geral do direito. A ditadura, em cujo contexto foi assim inscrito, é depois dividida em ditadura comissária, que tem como fim defender ou restaurar a constituição em vigor; e ditadura soberana, na qual, como figura da exceção, atinge por assim dizer a sua massa crítica ou se ponto de fusão.” (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. 55-56).

*estado de exceção*” como inserido na, para, e pela ordem jurídica, a partir de elementos estritamente relacionados ao direito e a soberania: a norma (*Norm*) e a decisão soberana (*Entscheidung; Dezision*). (Agamben, 2010, p. 58).

Assim, já não se fala mais em ditadura, tampouco em estado de sítio<sup>12</sup>, definitivamente destacado, “O estado de exceção”, suspendendo a norma, revela na sua absoluta pureza, um elemento formal e especificamente jurídico: a decisão” (Schmitt, 2006). [...] “os dois elementos, norma e decisão, mostram assim sua autonomia na exceção” (Agamben, 2010, p. 58). “Assim como no caso normal o momento autônomo da decisão pode ser reduzido a um mínimo, também no caso da exceção a norma é anulada.”(Agamben, 2010, p. 58).

Dessa maneira, mesmo o caso extremo de exceção dispõe-se ao conhecimento jurídico, porque, neste sentido, tanto a norma, como a decisão se mantem, mesmo que em um *oxímoro*, no âmbito pressuposto do direito. Dessa maneira, é pela obrigatoriedade de decidir como manejo necessário da situação extrema de paralisia, que dirá Schmitt que: “soberano é quem decide na situação de exceção” (Schmitt 2009, p.12).

Nota-se que o estilo de conceber a decisão por Carl Schmitt pressupõe sempre um vivência de uma situação de exceção a partir da indispensabilidade daquele que decide na mesma situação de exceção. (Schmitt, 2009, p. 20). Neste sentido, a decisão para este é mesmo um paradoxo, de forma que sua única justificativa é uma situação concreta de inescapável obrigatoriedade de “não não-decidir”.

A verdadeira ótica jurídica não se percebe na disposição da validade normativa do direito (em uma dinâmica de normas e autoridade interpretativa), mas sim na permissibilidade em que a decisão erija-se na zona limítrofe entre direito e situação anormal e sua consequente manutenção. De fato, a soberania é o que assenta a exceção, é a disposição da constituição.

“Na perspectiva de Schmitt, o funcionamento da ordem jurídica repousa em última instância sobre um dispositivo pressuposto- o estado de exceção- que tem a finalidade de tornar aplicável a norma suspendendo temporariamente sua eficácia” (Agamben, 2010, p. 91), assim como os milagres na teologia católica. “A teoria schmittiana do estado de exceção- que, mesmo suspendendo a aplicação de algumas normas, não se situa fora da ordem jurídica global- corresponde perfeitamente ao modelo do poder angelical no *traité*.” (Agamben, 2011, p. 300).

São o “milagre e o estado de exceção” os lugares em que se despontam questões ainda discutíveis da soberania e da excepcionalidade, para Schmitt, em consequência, só pode ser o assunto do mesmo estado de exceção e a ocultação do seu pressuposto milagroso que permite expor uma real compreensão das condições de decibilidade e debate na questão Estatal jurídica-política. Como diz Rüdiger Safranski (2000, p. 195), “Carl Schmitt admite o conteúdo teológico do conceito de soberania”, até porque “os amantes dos grandes momentos nos anos de Weimar são quase todos adventistas do nada, evangelizadores sem boa-nova, a postura é conteúdo”.

Schmitt, por consequência, pretendeu reinscrever o estado de exceção no contexto jurídico, postulando-o na distinção estratégica inicialmente prevista em A Ditadura (mesmo na

<sup>12</sup> “Em *Politische Theologie*, os termos “ditadura” e “estado de sítio” podem assim desaparecer e, em seu lugar; substituiu-se-lhes o estado de exceção (*Ausnahmezustand*), enquanto a ênfase se desloca, pelo menos em aparência, da definição da exceção para a da soberania. A estratégia da doutrina schmittiana é, portanto, uma estratégia a dois tempos.” (Agamben, 2011, p. 56).

ditadura soberana- que coloca uma nova ordem- esta se ancorava em um mínimo jurídico- a articulação entre poder constituinte e poder constituído) e, posteriormente já com o reforço de Teologia Política, na distinção entre norma e decisão como um aspecto solucionador do problema da *forma jurídica*- entre competência e vontade, entre norma e realidade decisiva.

Assim, para Schmitt, os problemas políticos e jurídicos se despontam melhor criticados (daí sua concepção de “secularização”) se forem “relacionados e problematizados tendo em vista releituras a partir das relações intrínsecas com paradigmas teológicos” (Agamben, 2011, p. 251).

Portanto, colocar um debate da relação do estado de exceção com o direito, trata-se de um meio de retomar distintamente o que autor procura comprovar e demonstrar na seguinte linha de raciocínio que, sem embargo, pulsa sempre em seu pensamento: “todos os conceitos da teoria moderna do estado de exceção são conceitos teológicos secularizados” (Schmitt, 2009).

## 2- O DIREITO E O ESTADO DE EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN

A partir da sistematização que fizemos acima, pensamos que resta melhor esclarecido os fundamentos da analogia que Schmitt procurou constatar em relação ao estado de exceção no direito. De fato, tendo em vista o capítulo acima, nota-se que a teoria Schmittiana do moderno estado de exceção, que vê no milagre o paradigma teológico de rediscussão e ascensão deste, encontrou, de certo modo, aqui, uma melhor elucidação e possibilidade até de críticas que, neste espaço, fugiria de nosso objetivo.

Todavia, em nossa proposta de releituras distinta dessas questões, verificou-se, ou ao menos restou singularmente destacado acima, que há autores contemporâneos, como Giorgio Agamben, que, mesmo detentores das leituras mais qualificadas sobre as teses de Schmitt, esquadrinharam repensar a referida ótica do estado de exceção. Por certo, coloca-o não como tendo como paradigma a lógica dos milagres, mas um arcano ainda mais obscuro ligado, no caso, ao direito romano (“o arquétipo do moderno *Ausnahmezustand*” [Agamben, 2010, p. 67]), o chamado *Iustitium*.

Procura-se, neste aspecto, questionar, sobretudo, essa vinculação Schmittiana do estado de exceção ao direito, à ordem geral, ou melhor, à ordem jurídica, para mostrá-lo como aquilo que de fato ele é, uma espécie “vazio constitutivo”. É este “espaço vazio” (*a terra de ninguém* [Agamben, 2010]) que para o autor italiano o direito procura a todo momento capturar a fim de manter uma relação e autoconstituição intrínseca com fenômenos anômicos e, assim, incluir, em seu âmbito, a inoperosidade e sua relação com a vida por completo.

Deste modo, conforme o livro já clássico do ano de 2003, o Estado de Exceção (2010) (originalmente *Stato di Eccezione*<sup>13</sup>), Agamben procura expor as aporias e as contradições que marcam as noções que buscam colocar o Estado de Exceção como realocado na ordem jurídica<sup>14</sup>. Com efeito, a partir do que mostramos acima, é o que faz a teoria moderna do

<sup>13</sup> AGAMBEN, Giorgio *Estado de exceção*. Publicado originalmente *Stato di Eccezione*, *Homo sacer*, II, 1. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

<sup>14</sup> De fato, o autor ainda procura atualmente sempre rediscutir essas questões. Ver nesse sentido: AGAMBEN, Giorgio. La medicina come religione. *Quodlibet*, 2 mai. 2020b. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-medicina-come-religione>. Acesso em 30 jun. 2026; AGAMBEN, Giorgio. L'épidémie montre

Estado de Exceção, ao menos como se viu, desde Carl Schmitt.

Por outro lado, como assenta o referido autor, frente a uma situação que colocasse a outrora República Romana em perigo:

[...] o senado emita um *senatus consultum ultimum* por meio do qual pedia aos cônsules (ou àqueles que faziam as vezes deles em Roma, *interrex* ou pró-cônsules) e, em alguns casos, também ao pretor e aos tribunos da plebe e, no limite, a qualquer cidadão, para tomarem todas as medidas que se considerassem necessárias para a salvação do estado (*rem publicam defendant, operamque dente ne quid respublica detrimento capiat*). (Agamben, 2010, p. 67).

Sendo dessa forma, “este *senatus-consultum* tinha na sua base um decreto que declarava o *tumultus* (ou seja, a situação de emergência em Roma resultante de uma guerra externa, de uma insurreição ou de uma guerra civil)” e, dessa maneira, “permitia à proclamação de um *iustitium* (*iustitium edicere* ou *indicere*)”. (Agamben, 2010; 2025, p. 68).

Destarte, como continua a ressaltar: “o vocábulo *iustitutum*, significa paragem, suspensão do direito; *quando ius stat* [...] Em síntese, implicava uma suspensão não simplesmente da administração da justiça<sup>15</sup>, mas do direito como tal” (Agamben, 2010, p. 68). Trata-se, neste aspecto, de um instituto antigo realmente paradoxal, “que consiste unicamente de um vazio jurídico” (Agamben, 2010, p. 68), de modo a verdadeiramente constituir um problema para reconstruir uma fórmula de um “estado de exceção” na constituição romana, até porque, não obstante, “ele não existe/existia no direito público” (Agamben, 2010, p. 69).

Posto isso, como destaca Agamben (2010, p. 69), mesmo autores clássicos das análises do direito Romano como, por exemplo, Mommsen, quando se propõe a enfrentar tal questão do *senatus consultum ultimum*, ressaltam que: “não encontra nada melhor do que deitar a mão da imagem do direito de legítima defesa (o termo alemão para legítima defesa, *Notwehr*, lembra o de estado de emergência, *Notstand*)”<sup>16</sup>.

Sem embargo, isso mostra mesmo, como nota o autor italiano, que é o caráter possivelmente *extrajurídico* do estado de exceção que desafia a compreensão de tais autores. Por certo, foi essa imagem de uma “quase-ditadura”<sup>17</sup>, que foi reproduzida e relida inclusive

clairement que l'état d'exception est devenu la condition normale. *Le Monde*, 24 mar. 2020c. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/ide-es/article/2020/03/24/giorgio-agamben-l-epidemie-montre-clairement-que-l-etat-d-exceptionest-devenu-la-condition-normale\\_6034245\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/ide-es/article/2020/03/24/giorgio-agamben-l-epidemie-montre-clairement-que-l-etat-d-exceptionest-devenu-la-condition-normale_6034245_3232.html). Acesso em: 02 jun. 2026. AGAMBEN, Giorgio. Biosicurezza e politica. *Quodlibet*, 11 mai. 2020a. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-biosicurezza>. Acesso em: 30 jun. 2026;

<sup>15</sup> “Como dizia Aulo Gélío: “*iuris quasi interstitio quaedam et cessatio* (como um intervalo e uma espécie de cessão do direito) (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepção*. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. 68).

<sup>16</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepção*. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. 69. Outrossim, o autor destaca a fala de Mommsen, que aqui achamos prudente reproduzir: “Assim como naqueles casos prementes, em que a proteção da comunidade desfalece, qualquer cidadão adquire um direito de legítima defesa, também existe um direito de legítima defesa para o Estado e para qualquer cidadão como tal, quando a comunidade está em perigo e a função do magistrado vem a faltar. Se bem que em certo sentido se situe fora do direito (*ausserhalb des Rechts*), é todavia necessário tornar compreensíveis a essência e a aplicação deste direito de legítima defesa (*Notwehrrecht*) pelo menos na medida em que é susceptível de uma exposição teórica (Mommsen, 1969, vol. 1, pp. 687 ssg)” (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepção*. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p.70).

<sup>17</sup> Schmitt inclusive, a utiliza: “Schmitt, que não era um romanista, conhecia no entanto o *iustitium* como forma de estado de exceção (“a martial law, pressupunha uma espécie de *iustitium*” [Schmitt, 1921, p. 183]) com toda a probabilidade através do estudo de Nissen (cujo nome é citado no livro sobre a ditadura, embora em relação com outro texto). Partilhando embora a ideia de Nissen segundo a qual o estado de excepção representa uma “vazio

no início do século XX por autores como Plaumann em seu estudo de 1913 (Agamben, 2010, que, não obstante, expõe-se a alguns enganos sobre a real significação do *iustitium*. (Agamben, 2010, p. 70-77).

Seguramente, de acordo com Agamben, o erro dessa reinterpretação é pressupor que há algo como uma nova magistratura, de modo que, até mesmo, não se percebe (ou mesmo ignora) a permissibilidade que no *iustitium* qualquer cidadão pudesse ser investido de uma ação (um *imperium*) anormal que não pode/poderia ser definida pela normalidade.

Por outro lado, autores como Adolph Nissen, que, segundo Agamben (2010, p. 72), publicou a monografia em 1877: “*Das Iustitium. Eine Studie aus der römische Rechtsgeschichte*”, fora, para o comentarista Italiano: “o primeiro a ver que a compreensão habitual do termo como “férias judiciais” (*Gerichtsferien*) é de todo insuficiente e que, no seu sentido técnico, deve ser diferente também de seu significado mais tardio de “luto público”.

Destarte, para Nissen o *iustitium* responde a mesma “necessidade que Maquiavel exprimia sem reservas quando, nos *Discorsi*, sugeria que se “rompesse” o ordenamento para o salvar”. “Porque, quando falta numa república um modo similar; é necessário ou, servindo as ordens, destruir; ou, para destruir, rompê-las” (Agamben, 2010, p. 73).

Por consequência, como se pode perceber, é na perspectiva do estado de necessidade (*Notfall*), que Nissen vai entender o *senatus consultum ultimum*, a declaração de *tumultus* e o *iustitium* “como sistematicamente conexos” (Agamben, 2010, p. 73). Assim sendo, “O *consultum* pressupõe o *tumultus* e o *tumultus* é a única causa do *iustitium*” (Agamben, 2010, p. 73).

Esta conexão, de fato, parece ser a principal contribuição de Nissen para Agamben, até porque, mesmo este, no fim das contas, vai entender que: “Não são categorias do direito penal, mas do direito constitucional e designam a cesura através da qual do ponto de vista do direito público se realiza a possibilidade de medidas excepcionais [*Ausnahmemaßregeln*]” (Agamben, 2010, p. 74).

Todavia, para o autor italiano, estes comentadores deixaram de perceber que no sintagma “*senatus consultum ultimum*” a palavra que define sua especialidade técnica e distinção é o adjetivo “*ultimum*”. “Ultimus que, neste aspecto, deriva do advérbio *uls*, que significa “Além” (por oposição a *cis*, aquém). O significado etimológico de *ultimus* é portanto: aquilo que se encontra totalmente além, o mais extremo” (Agamben, 2010, p. 74).

Sendo assim, tendo em vista as conexões jurídicas que autores como Nissen realizaram, Agamben vai construir sua acepção de estado de exceção propondo e respondendo a questão nos seguintes termos: “Neste sentido, *senatus consultum ultimum* e o *iustitium* apontam o limite da ordem constitucional romana. (Agamben, 2010, p. 74). Portanto, contrariando, inclusive, as teses iniciais de Schmitt, “a paragem e a suspensão da ordem da jurídica não pode ser interpretada através do paradigma da ditadura” (Agamben, 2010, p. 75).

Por consequência: “Ter confundido estado de exceção com ditadura é a limitação que impediu tanto Schmitt, em 1922, como Rossiter e Friedrich depois da Segunda Guerra mundial de resolverem as aporias do estado de exceção” (Agamben, 2010, p. 76). Sem embargo, “o erro era interesseiro, pois era certamente mais fácil justificar juridicamente o

---

de direito” (Nissen fala de *vacuum* jurídico), Schmitt prefere falar, a propósito do *senatus consultum ultimum*, de “quase ditadura” (o que pressupõe o conhecimento, senão do estudo de Plaumann de 1913, pelo menos do *Staatsrecht* de Mommsen)” (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. 77).

estado de exceção inscrevendo-o na tradição prestigiosa da ditadura romana- acrescentando posteriormente à lógica dos milagres- do que restituindo-o ao seu autêntico, mas mais obscuro paradigma genealógico no direito romano: *o iustitium*” (Agamben, 2010, p. 76).

Destarte, a teoria que Agamben, após esta profícua releitura feito pelo autor, é de que “o estado de exceção não se define, segundo o modelo ditatorial, como uma plenitude dos poderes, um estado pleromático do direito, mas como um estado *kenomático*, um vazio e uma paragem do direito” (Agamben, 2010, p. 76).

Todavia, como ressalta o próprio o autor, esta definição não pode se bastar em si mesma, mas deve antes enfrentar um problema realmente agudo para a ótica jurídica, isto é, “o que são os atos praticados no Estado de Exceção, visto que não transgridam, tampouco executam, ou ainda menos, legislam ou criam ordem jurídica? Assim, como e por que o direito sempre procura manter a relação com o estado de exceção?

Assim, algo que o autor italiano ressaltou e continua a sempre a advertir jamais poderá se furtar de uma evidência e comprovação arcanológica, isto é, que justificativas de “ordem prática” (como segurança, estabilidade, decisão) são intrinsecamente e inescapáveis da figura constituinte da exceção.

Pode ser mesmo que a previsão de Walter Benjamin (2005), tida em alta conta pelo autor italiano, “que vivemos um estado de exceção permanente”, seja apresentada como absurda e improvável nos discursos mais acalorados da defesa do direito e suas organizações, da saúde, da política, da ciências, ou até mesmo da religião em relação ao seus sucessos e fracassos, todavia, do mesmo modo e não menos preocupante, no subterrâneo da prática do que não vem à tona nessas mesma falas emocionadas, a exceção como técnica, contraditoriamente, veja e revele um campo fértil de estabilização.

Assim sendo, o estado de exceção, em autores como Agamben, difere de questões relacionadas à estados de emergência, de calamidades, de guerra e afins, de modo a se mostrar mais como uma espécie de técnica indeterminada de governabilidade que supõe-se constitutiva e articulada em/por uma ordem jurídica. Como diz o autor: “Não só sempre se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica” (Agamben, 2010). Dessa maneira, “a obra de Agamben carrega um gesto corajoso de desnaturalizar os discursos do poder e lançar luz sobre práticas e decisões políticas que operam a partir de conceitos jurídicos vazios” (Pinto, 2026).

### **3- A EXCEÇÃO PARA A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS DE NIKLAS LUHMANN EM RELAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO**

De fato, autores como Carl Schmitt e Giorgio Agamben, como se pôde perceber nas leituras acima, procuram/procuraram repensar e localizar essas questões da exceção a partir de um paradigma mais geral político-jurídico, especialmente, em uma disposição teórica que analisa as relações de poder jurídico-políticos (Schmitt), ou mesmo a natureza mais íntima da lei e do direito e sua relação com a vida (Agamben).

Porém, é pouco problematizado, trabalhado e ressaltado especificadamente pelos autores mencionados a questão “da exceção” em *possíveis consequencialidades*

*interpretativas* no que diz respeito a um campo *estritamente auto-organizacional decisional jurídico em suas nuances, pressupostos e premissas*, em especial, dos tribunais.

Assim é com intenção de fomentar uma reorientação e releitura de tal debate que propomos, como hipótese, uma certa recuperação, recorte e releitura de como por exemplo autores, que, relidos a partir da matriz pragmático-sistêmica de Rocha, como Luhmann, podem reorientar e sugerir subsídios para essas discussões.

Neste interim, ainda que Luhmann não tenha procurado construir especificamente uma teoria da exceção em suas obras, há certa perspectiva que ele observou pragmaticamente e empiricamente que queremos indicar como possível para lançar mão de interpretações que possibilitem reconstruções desses pontos de vista da exceção na contemporaneidade da sociedade global funcionalmente diferenciada.

Assim, diferentemente de uma ótica de governabilidade e paradigmas teóricos político-jurídico-poder (como os anteriormente trabalhados), e mais orientado para especificidades organizacionais, sobretudo, dos tribunais. Trata-se, deste modo, de se preocupar com a relação da exceção com processos descentralizados socialmente de forma sistêmica, por consequência, da relação entre o *sistemas sociais em suas auto-organizações, autoconservação e a exceção*.

Por conseguinte, inspirado pelas/nas leituras dos autores que trabalhamos acima, propõe-se abaixo uma sugestão de redimensionamento da visualização detida da exceção na dimensão *arcano política*, para também uma figura, se assim podemos dizer: *sistemicamente-fragmentada, não finalística, inconclusa (disposta a constantes evoluções) e descentralizada nas organizações*.

Tem-se em vista sublinhar observações que, sobretudo, Luhmann e o estudo da teoria dos sistemas autopoieticos têm captado em suas retomadas por Rocha na dimensão pragmático-sistêmica que, em termos sintéticos, quer dizer uma revisão aplicada das noções descritivas da teoria dos sistemas para compreensão de casuísticas e empiria jurisprudencial.

Há para nós, portanto, nestas observações em relação à sociedade funcionalmente e organizacionalmente diferenciada, a possibilidade de visualizar uma *respecificação sistêmica* do conceito de exceção que, neste caso, apreende algo que se potencializa e possibilita até mesmo ampliar às óticas críticas das teorias até há pouco mencionadas.

Por certo, achamos possível suscitar uma redefinição da exceção, em especial, como ela se dá em suas transformações, observando-a no contexto de processos descentralizados de fragmentação social mediados pelas operações decisivas das organizações centrais na comunicação dos subsistemas sociais.

De fato, se é possível enxergar diversos tipos de orientações decisivas em diferentes organizações (Luhmann, 2016; 2005; 2006, 1993), é admissível também verificar dispersos tipos autônomos, programados e especializados de exceções, sobretudo, em relação às questões inerentes à paradoxização e reparadoxização que estão sujeitos os sistemas sociais autopoieticos. Exceção, decisão, paradoxos e desparadoxização são destacados como intrinsecamente relacionados operacionalmente.

Por consequência, na perspectiva desenvolvida, algo como organizações, no caso específico do direito, os tribunais, mostram-se como organização central do sistema jurídico porque não podem se abster de decidir. Diferente, no caso, da periferia do sistema organizacional que, sublinhe-se, não possuem tal obrigação e constituem um importante

elemento de apoio cognitivo. “Precisamente por isso a periferia serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade- seja a economia, a vida familiar domestica ou a política” (Luhmann, 2016, p. 430).

“A norma que corresponde a essa situação- central- é de que se encontra proibida a denegação de justiça (proibição do *non liquet*)” (Lumann, 2016, p. 414). Deste modo, Luhmann observa que esta articulação do *non liquet*, isto é, a proibição da impossibilidade de decidir, traz ao sistema jurídico uma demanda por uma competência universal e que ao mesmo tempo que seja capaz de decidir sobre todos os casos que cheguem a centralidade do sistema. Luhmann diz que é justamente esse problema combinatório entre universalidade e capacidade de decisão que justifica a proibição da denegação de justiça, de modo que para o direito uma norma quando for necessária continua a valer mesmo contra os fatos.

De fato, essa questão da proibição da denegação da justiça leva a que o sistema se ocupe teoricamente com essa disposição fundamental da operação dos tribunais, sobretudo, a partir da noção de interpretação. Nesse ponto, é que se observa por exemplo as autodescrições dos princípios ou ainda dos *hard cases* (casos difíceis). “Trata-se, por conseguinte de casos em que não basta o conhecimento do direito vigente para indicar quem esta de posse do direito [...] não obstante, os tribunais devem decidir sobre esses casos” (Luhmann, 2016, p. 419).

Desse modo questões como um reconhecimento “do direito do juiz” ou ainda uma relação menos hierárquica e mais circular entre jurisdição e legislação, ao que indica Luhmann se mantem na superfície do problema, até porque a grande questão que uma análise pragmático-sistêmica pode colocar sobre a semântica da proibição da denegação da justiça é a descrição de que a obrigatoriedade de decidir é o ponto de partida para construção do universo jurídico, para argumentação jurídica e para o pensamento jurídico.

O paradoxo das *decisões indecidíveis* deve se desdobrar de um ou de outro modo. Eis a diferença e a perspicácia de um olhar voltado para as operações jurídicas organizada dos tribunais. Em outras palavras, faz-se possível perceber que o processo de diferenciação entre sistema do direito e decisão jurídica, importa a verificação da relação entre o código sistêmico e os programas do sistema, que nada mais são do que regras de decisão que especificam pontos de vista de seleções.

Em síntese, pode-se descrever que o paradoxo da decisão sempre tenta encontrar formas de soluções aceitáveis, entretanto, essa questão parece remeter também a um outro questionamento- como o paradoxo é, de fato reespecificado para ser decidido? Luhmann irá observar que é pela jurisdição (Luhmann, 2016, p. 427). “Por isso, a pergunta pelo desdobramento do paradoxo, é a chave para o problema da diferenciação [...] assim impõe-se a necessidade de substituir o modelo hierárquico – jurisdição e legislação – pelo de uma diferenciação entre centro e periferia” (Luhmann, 2016, p. 428).

Por consequência, Luhmann irá notar que “o problema não está no processo de diferenciação, mas na contingência do sistema já diferenciado que, sem embargo, reage à distinção entre legislação e jurisprudência” (Luhmann, 2016, p. 403). “Tudo isso nos traz a suspeita que nos leva mais fundo e dissolve o nível da discussão a que até agora se chegou” (Luhmann, 2016, p. 414).

Assim, é que se permite sustentar, por exemplo, que a posição central dos tribunais pela decisão é garantida, sobretudo, por seu aspecto organizacional. Neste sentido, a partir da

releitura que até aqui fizemos, se os tribunais se mostram também como organização central, isto se dá justamente pela pressuposição da exceção na organização e sua relação intrínseca com a decisão, até porque é desse modo que se enlaça as consequências do decidir (Luhmann, 2016, p. 427-428). De fato, “todos os demais campos de trabalho (não judiciais) do sistema do direito pertencem a periferia” (Luhmann, 2016, p. 429).

Sem embargo, para periferia do sistema organizacional não existe nenhuma obrigatoriedade de decidir, como já dissemos, diferente do centro ocupado pelos tribunais, que, neste diapasão, trabalham em um alto isolamento cognitivo de intensidade muito maior. Essas conclusões levam a observar que pelo fato da obrigatoriedade de decidir os tribunais não podem depender do consenso (aspirações morais, sensibilidade, princípios e afins) já que devem decidir sobre todos os casos, incluindo aqueles que não possuem consenso.

Portanto, é a organização e sua relação com a exceção, que permite que se abarque os riscos das atividades, ou seja, os cálculos das consequências, de modo que é graças as organizações que o juiz possa decidir sem se responsabilizar pelas consequências de suas decisões, e essa excepcionalidade fornecida pela organização facilita que o juiz tome decisões, por exemplo.

Observa-se que, inclusive, no centro do sistema, são observáveis outras formas de diferenciação como a segmentação e uma certa hierarquização. “Somente os tribunais constituem uma hierarquia, somente eles se diferenciam horizontalmente segundo as distintas competências espaciais ou profissionais” (Luhmann, 2016, p. 432). Assim, um tribunal superior, como o Supremo Tribunal Federal no Brasil, por exemplo pode julgar com base na sua própria concepção jurídica.

“Dessa maneira, do mesmo modo que descreve a obrigatoriedade decisão judicial como uma coação que se transforma em liberdade pela excepcionalidade, indeterminação em determinabilidade” (Rocha, Pinto, 2026), a teoria dos sistemas sociais autopoieticos dispõe uma descrição que permite-nos suscitar uma observação da exceção como condição da decidibilidade e da função central dos tribunais.

O paradoxo da decisão que não se pode decidir busca e, se assim se o pode expressar, encontra *fórmulas de solução aceitáveis*. As formulações com as quais caracterizamos esse desenvolvimento podem soar de maneira negativa, mas não é isso que o se pretende- como se houvesse melhores possibilidades que, no entanto, não foram aproveitadas. A pergunta mais importante é como se pode descrever o sistema jurídico considerando que o paradoxal de sua autojustificação assoma de modo cada vez mais evidente e considerando que, ademais, cada vez mais se reconhece o lugar onde seu paradoxo é solucionado a jurisdição. Antes de tudo, voltamos a repetir: nem as leis, nem os contratos se encontram sob a obrigatoriedade de decidir. A validade do direito pode mudar- ou se deixar mudar- com a seleção dessas formas. Quanto a isso, somente os tribunais vivem uma situação de exceção (*Nur die Gerichte haben in dieser Hinsicht eine Ausnahmestellung*). É possível que, por razões políticas ou econômicas, das leis e dos contratos demande-se uma decisão. Mas, nesse caso, as coações são de outro tipo, e diante delas o sistema do direito se encontra em liberdade de decidir se são juridicamente relevantes. Só a eles incumbe o manejo do paradoxo do sistema- independentemente de como se queira denomina-lo concretamente. Somente eles devem, onde for necessário transformar a indeterminação em determinação (*Nur sie müssen, wo nötig, Unbestimmbarkeit in*

*Bestimmbarkeit transformieren*). [...] O paradoxo, todavia, é o santuário do sistema (*Heiligtum des Systems*), e sua divindade (*Gottheit*) se oferece em múltiplas configurações. [...] Por isso, a pergunta pelo desdobramento do paradoxo é a chave para o problema da diferenciação, e é a partir da forma de diferenciação que se regulamenta qual semântica adquire ou perde plausibilidade. (Luhmann, 1993, p. 320; Luhmann, 2016, p. 427-428)

Desse modo, a teoria dos sistemas autopoieticos ao oferecer uma ótica da observação de segunda ordem dos paradoxos do direito, ou até mesmo um olhar disposto a compreensão diferenciada da prática de julgamento, permite visualizar que atividade jurídica decisória é constituída, sobretudo, pela contingente ótica da vivência da exceção que aos tribunais se engendra ao, paradoxalmente, sempre ter que decidir na impossibilidade de decidir (ou melhor, ao ter que desparadoxizar o sistema pela suposição da proibição do *non liquet*), de modo que assim precisa ser encarada e repensada. (Luhmann, 2016, p. 427; Pinto, 2026). Só se decide, onde não se é possível não decidir (em momentos de indecidibilidade, de indeterminação, de falta de critérios jurídicos claros). (Pinto, 2026).

Observa-se, por consequência, a partir das próprias colocações da Teoria dos Sistemas Autopoieticos, uma possibilidade de reanálise de um modo diferente no que tange especificadamente a questão da exceção em relação aos tribunais e ao sistema jurídico. Portanto, o artigo não sustenta que a *Ausnahmestellung* dos tribunais corresponda ao estado de exceção de Schmitt ou Agamben. Sustenta, ao contrário, que a categoria de exceção pode ser respecificada para designar uma condição operacional distinta: a posição organizacional na qual o tribunal é obrigado a produzir determinação justamente quando os critérios ordinários de determinação se mostram insuficientes.

Destaca-se, em especial, a sugestão de uma linha, ou mesmo viés, com um forte campo metodológico e analítico de pesquisa, visto que, como sugere o próprio Luhmann (1993; 2005; 2016), as organizações permitem uma certa investigação regionalizada. De fato, ao colocarmos esses pontos<sup>18</sup>, salta aos olhos (observa-se) que o fundamento principal das organizações, sobretudo, a central, é acentuação e sua condição decidibilidade pela exceção que se presume e se articula.

## CONCLUSÃO

Portanto, há uma hipótese que autores como Carl Schmitt já haviam intuído, ainda que de forma laudatória da conservação da ordem, mas que na nossa pesquisa se mostrou, no mínimo, sujeita a apreciações e que deve ser mantida sempre com uma certa disposição crítica dos limites e de exposição respecificada sistemicamente sobre as questões da exceção. Isto é, a exceção é algo que sempre deve desafiar apreciações cuidadosas e dispostas à discussões porque ela possui a capacidade semântica-estratégica, quando menos, preocupante para a democracia, de explicar o geral e a si mesma. Nas palavras de Schmitt: “A exceção explica o geral e a si mesma [...] O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente

<sup>18</sup> O artigo não pretende reproduzir a formulação anterior, mas aprofundar especificamente a relação entre exceção, *non liquet*, organização judicial e contingência decisória. Ver: Rocha;Pinto, 2026; 2025;2024;2023.

confirma a regra, mas esta vive da exceção [...] A exceção, ao contrário, pensa o geral com paixão enérgica”<sup>19</sup>.

Conforme privilegiamos a partir de Giorgio Agamben e Carl Schmitt, a questão da exceção, mesmo que permaneça em uma disposição teórica que sublinhe as relações de ordem política, de poder, ou mesmo crítica da natureza mais íntima da lei, da vida e do direito, a partir da sociedade funcionalmente diferenciada, desde à assunção dos paradoxos como intrínsecos à comunicação, mostrou-se possível uma verificação distinta. Este artigo procurou, portanto, demonstrar que o problema da exceção pode ser respecificado quando deslocado da pergunta pela soberania para a pergunta pela decidibilidade.

Por certo, suscitou-se, observar a exceção também tendo-se em vista uma semântica social ligada à forma da diferenciação funcional e organizacional da sociedade contemporânea. De fato, nos limites e ao lado dessas retomadas agambenianas e schmittianas, algo distinto possa ser alcançado.

Desse modo, visualiza-se que em temas globais que afrontam os limites do direito a posição organizacional, central ou periférica, observa-se, sobretudo, quando a relação entre decisão e exceção é pressuposta e criativamente operada. Dessa maneira, fez-se possível explicitar que no momento de alta tensão paradoxal (de indecidibilidade, de indeterminação, de falta de critérios jurídicos claros), é a “vivência da exceção” (*Ausnahmestellung* [Luhmann, 1993, p. 320]) implicada e redirecionada (mormente pela questão da proibição do *non liquet*) que permite a articulação da condição impreterível de decidibilidade da decisão para com a disposição central decisiva da organização dos tribunais.

Por consequência, neste estudo, o “problema da exceção” vislumbrou-se em distinção da questão do ativismo judicial, e de uma disposição crítica, ou mesmo analítica do poder; ou ainda que ponha em xeque a diferenciação funcional da sociedade contemporânea (corrupção sistêmica, desdiferenciação funcional e afins [Pinto, 2018]). Mostra-se revisto, neste sentido, como o limite da condição de decidibilidade operacional no sistema do direito.

Como conclusão, portanto, além de perguntar o que é a exceção ou como ela se relaciona com a soberania, ou mesmo com os mistérios do direito, a investigação também procurou compreender de que modo a proibição do *non liquet*, interpretada funcionalmente a partir da teoria dos sistemas sociais, permite observar a exceção como uma fórmula de contingência da decisão nas organizações jurídicas.

Esse deslocamento produz uma alteração significativa no modo de observar o problema. A exceção deixa de ser analisada primordialmente como expressão da soberania para ser compreendida a partir das operações das organizações jurídicas; deixa de ocupar exclusivamente o campo da filosofia política para ser reconstruída como um problema da teoria da decisão; e deixa de ser concebida apenas como ruptura ou suspensão da ordem jurídica para ser observada como condição operacional da produção de decisões diante da contingência.

<sup>19</sup> Ver nesse sentido: SCHMITT, Carl. *Teologia Política I e II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Agamben, sugere no *Homo Sacer I*, que a referência ao “teólogo”, ou autor da frase em Schmitt seja Kirkegaard, ou mesmo a inspiração em Vico. Ver nesse sentido: AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 24

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* 1. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a Glória: uma genealogia teológica da economia e do governo*. São Paulo: Boitempo, 2011

AGAMBEN, Giorgio. *Stasis: a guerra civil como paradigma político*. São Paulo: Boitempo, 2025.

AGAMBEN, Giorgio. *O uso dos Corpos: homo sacer, IV, 2*. São Paulo: Boitempo, 2017.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. Trad. J. M. Gagnebin e M. L. Müller. In: LOWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. São Paulo: Boitempo, 2005.

KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2018.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen, 1920.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Organizzazione e decisione*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

PINTO, João Paulo Salles. *Corrupção Sistêmica e Direitos Humanos: o lugar do paradoxo na autodescrição do direito*. Curitiba: Jurua, 2018.

PINTO, João Paulo Salles. *O Guardião da Exceção: perspectivas em Carl Schmitt, Giorgio Agamben e pela Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2026.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

ROCHA, Leonel Severo; PINTO, João Paulo Salles. Guardião e jurisprudência da exceção: perspectivas para uma observação pragmático-sistêmica da decisão judicial. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 17, n. 1, p. 57-74, 2025. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/28445> / Acesso em 03 jun 2026

ROCHA, Leonel Severo; PINTO, João Paulo Salles. Fake news e a improbabilidade da comunicação pela comunicação da exceção. *Seqüência Estudos Jurídicos Políticos*, vol, 44, n. 93, 1–28. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/sbs7C96YbWFy4bDWrHs4NCN/> Acesso em 03 jun 2026.

ROCHA, Leonel Severo ; Pinto, João Paulo Salles . Modern prohibition of non liquet and the exception contingency formula for decision and development of the paradoxes of the legal system. *Revista da faculdade de direito do sul de minas*, v. 41, p. 1, 2026. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/814>; Acesso em: 04 ago 2026

ROCHA, Leonel. Severo. O sentido político da Teoria Pura do Direito. *Seqüência estudos Jurídicos Políticos*, 5(09), 57–75, 1984. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16732> Acesso em 09 jun 2026.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger - um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000.

SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. Munich/Leipzig: Duncker & Humblot, 1921

SCHMITT, Carl. *Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. Berlin: O. Liebmann, 1912. Disponível em parte em: <http://www.digizeitschriften.de/dms/img/?PID=GDZPPN000076546&physid=phys307#navi> . Acesso em: 26 jun 2026.

SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria. Trad. José Díaz García. Alianza: Madrid, 1999.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Munich/Leipzig: Duncker & Humblot, 1922

SCHMITT, Carl. *Teologia política I e II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Data de Recebimento: (O editor preenche a data).

Data de Aprovação: (O editor preenche a data).