

**178 - 212**

Artigo

**INVESTIGAÇÃO E PROCESSO:  
UM EXAME FORMAL SOBRE A  
DISTINÇÃO CONCEITUAL A PARTIR  
DA TEORIA DO DISCURSO, PARA  
ENCONTRAR A CAUSA DE EXTRAVIOS  
TEÓRICOS IMPORTANTES**

FERNANDO MUNIZ

# INVESTIGAÇÃO E PROCESSO: UM EXAME FORMAL SOBRE A DISTINÇÃO CONCEITUAL A PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO, PARA ENCONTRAR A CAUSA DE EXTRAVIOS TEÓRICOS IMPORTANTES

INVESTIGATION AND PROCESS: A FORMAL EXAMINATION  
OF CONCEPTUAL DISTINCTION FROM DISCOURSE THEORY,  
TO FIND THE CAUSE OF IMPORTANT THEORETICAL DEVIATIONS

**FERNANDO MUNIZ**

Promotor de Justiça  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)  
fernandoms@mpmg.mp.br

**RESUMO:** O artigo analisa a estrutura dos discursos que predominam na investigação e no processo, a partir da teoria de Tercio Sampaio Ferraz Jr sobre a argumentação jurídica. A intenção é mostrar que as diferenças nas estruturas discursivas podem ser tomadas como fator de diferenciação conceitual, na relação entre os conceitos jurídicos de “investigação” e “processo”. Para investigar a hipótese de que a teoria jurídica ainda não possui conhecimento suficiente sobre a exata delimitação conceitual, o artigo apresenta explicação sobre os incidentes jurisdicionais da investigação, mostrando que extravios teóricos importantes decorrem da deficiente apreensão dos conceitos jurídicos. Por fim, o artigo aborda a jurisprudência superior da justiça criminal brasileira sobre o direito de defesa no inquérito, condensada na *Súmula Vinculante nº 14 do STF, como autêntico sintoma* da confusão conceitual.

**ABSTRACT:** The article analyzes the structure of the discourses that predominate in the investigative activity and in the procedural activity, based on Tercio Sampaio Ferraz Jr.'s theory about legal argumentation. The intention is to show that the differences in the discursive structures can be taken as a differentiating factor, in the relationship between the legal concepts of “investigation” and “process”. In order to investigate the hypothesis that legal theory still does not have sufficient knowledge about the exact conceptual delimitation, the article presents an explanation about the jurisdictional incidents of the investigation, showing that important theoretical misunderstandings result from the deficient apprehension of legal concepts. Finally, the article addresses the superior jurisprudence of the Brazilian criminal justice about the right of defense in the investigation, condensed in relevant precedent of the STF, as an authentic symptom of conceptual confusion.

**PALAVRAS-CHAVE:** Investigação e Processo; Teoria do Discurso; Incidentes Jurisdicionais da Investigação; Direito de Defesa no Inquérito.

**KEYWORDS:** Investigation and Process; Discourse Theory; Jurisdictional Incidents of the Investigation; Right of Defense in the Inquiry.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. As modalidades do discurso dialógico racional; 2.1. A *discussão-com*; 2.2. A *discussão-contrá*; 2.3. O discurso jurídico como *discussão-contrá*; 3. A estrutura dos discursos que preponderam na investigação e no processo; 3.1. A *discussão-contrá* na estrutura formal do processo; 3.2. A estrutura formal da investigação; 3.3. Segue: o conflito e a decisão como critério de diferenciação entre investigação e processo; 4. O conflito e a decisão como elementos analíticos acidentais na investigação: a causa dos extravios teóricos; 4.1. Os incidentes da investigação; 4.2. As confusões e os extravios teóricos; 5. Conclusões; 6. Referências.

## 1. Introdução

Este artigo propõe o exame da estrutura que existe nos discursos que predominam na investigação e no processo, para expor e comparar diferenças e semelhanças, coincidências e discrepâncias. O objeto da análise, em última instância, diz respeito às diferenças de essência entre os conceitos jurídicos de “investigação” e “processo”. Uma das premissas que orienta o exame é que se trata de fenômenos jurídicos distintos. Ao mesmo tempo, uma das hipóteses a serem testadas é que a teoria jurídica ainda não possui conhecimento suficiente sobre a exata delimitação conceitual. Por isto o pensamento crítico também se direciona à jurisprudência superior da justiça criminal brasileira, onde a distinção entre investigação e processo costuma aparecer pressuposta, como algo pertencente ao conhecimento geral, próprio do campo das obviedades, ao mesmo tempo em que exprime crescentes exigências para submeter o inquérito à parte relevante do regime jurídico do processo. Do embaraço conceitual parece ser indicativo suficiente a jurisprudência sobre o direito de defesa no inquérito, condensada na Súmula Vinculante nº 14 do STF. A hipótese é que a súmula do Supremo, que manifesta a vontade de submeter a um mesmo regime jurídico, ao menos em parte, atividades de diferentes naturezas, é autêntico sintoma da deficiente apreensão de conceitos jurídicos. A superação da imprecisão conceitual pressupõe que sejam encontráveis os fundamentos lógicos da distinção. Então, a questão que orienta os desenvolvimentos do exame diz respeito às diferenças de essência que existem entre investigação e processo. Em um nível mais geral, o interesse está em conhecer o que autoriza considerar estas atividades como realidades reciprocamente autônomas. É saber exatamente onde são diferentes. Neste âmbito da análise, o pressuposto é que há diferenças essenciais entre investigação e processo, que não autorizam a confusão, ou seja, a estrutura da investigação é diferente da estrutura do processo. E seus respectivos traços essenciais distintivos podem ser objeto de atenção e

estudos pela teoria jurídica. Ao mesmo tempo, supõe-se que é ainda insuficiente o conhecimento para a recíproca diferenciação dos conceitos jurídicos.

O propósito do exame, entretanto, não pode ser identificado com a tarefa de deixar definitivamente manifestos todos os elementos de distinção que existem entre investigação e processo. A tarefa de caracterizar inteiramente estes conceitos jurídicos demanda outros desenvolvimentos, que devem ficar a cargo de estudos adicionais. Nos limites de que se dispõe, o objetivo é apenas destacar um critério organizador do pensamento, dentre os que determinam a diferenciação. Mais especificamente, quer-se conhecer limitadamente as diferenças que se manifestam na estrutura discursiva que prepondera em cada atividade. E assim encontrar na estrutura dos discursos algumas das diferenças de essência que ajudam na delimitação conceitual.

O propósito anunciado exige que sejam encontradas as diferenças de estrutura que se manifestam nos discursos que preponderam na investigação e no processo. Isto requer, como ponto de partida, o conhecimento do que é mais elementar nos diferentes modos do discurso em geral. Para esta tarefa inicial, o apoio é buscado na teoria de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, sobre a argumentação jurídica, com certa atenção para o que ela possui de analítico.<sup>1</sup> Porque nela se podem encontrar em clara exposição, na forma de um modelo teórico, os principais traços da estrutura essencial do discurso racional, em seus principais tipos. Como haverá oportunidade de se notar, uma inspeção à estrutura dos discursos presentes na investigação e no processo, sob um recorte analítico, auxilia na recíproca diferenciação e fornece informações suficientes para explicar a contento os incidentes da investigação. E auxilia também para denunciar os desacertos conceituais da jurisprudência de cúpula da justiça criminal brasileira.

---

1 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. A teoria de Tercio Sampaio sobre o discurso jurídico contém pontos de vista analítico e hermenêutico, mas se propõe, sobretudo, a um enfoque pragmático.

## 2. As modalidades do discurso dialógico racional

O discurso é um tipo de ação: a ação linguística, que se especifica por dirigir-se a outrem. Por isso, diz Tercio Sampaio, quem discursa discute. Todo discurso é uma discussão. Uma discussão, porém, é mais que o mero dirigir-se a alguém. Ela é também um apelar à compreensão de outrem. O discurso está a serviço do mútuo entendimento. E a busca por entendimento introduz a noção de “racionalidade” – no sentido de “ter fundamento” – ficando excluído que os agentes se deixem determinar por meras emoções, tradições ou costumes.<sup>2</sup>

Diz-se “dialógico” o discurso quando nele o ouvinte aparece como habilitado a intervir, ou como interessado ativamente. O “orador”, no discurso dialógico, não é apenas proponente, aquele que abre a discussão. Ele é também responsável pela discussão. E tem um dever de prova, que o liga ao ouvinte. O “ouvinte”, semelhantemente, não é apenas a quem se dirige a ação do orador. Ele é alguém convidado a intervir. Sua reação é ativa e faz dele também um ator. Ambos são partícipes da discussão.<sup>3</sup>

Na perspectiva de um esquema estilizado (formal, não empírico), a estrutura do discurso dialógico pode se apresentar de duas maneiras, que aqui interessam sumamente: a *discussão-com* e a *discussão-contra*.

### 2.1 A *discussão-com*

A primeira possibilidade de discurso dialógico é quando os partícipes discutem “um com o outro”. É a *discussão-com*. Na con-

---

2 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 29-34.

3 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 15. O outro modo do discurso de que cuida Tercio Sampaio, que não tem relevância para os desenvolvimentos que a seguir se fazem sobre a investigação, é o *monológico*. Ele se caracteriza pela presença passiva do ouvinte, que não aparece como não habilitado à intervenção e nem como interessado ativamente. Ele está presente, mas como quem assiste a um espetáculo: pode agradar-se ou não, e pode ter algo a dizer, mas sem interferir (Op. cit., p. 24-28).

dução do diálogo, há um esforço conjunto dos partícipes para encontrar um acordo. Neste nível, o objeto da discussão (o *dubium*) é constituído por ações linguísticas formuladas como perguntas hipotéticas. A atribuição de verdade/falsidade às proposições tem a acepção de verificação impessoal do objeto discutido. No sentido de que qualquer outra pessoa, não mal-intencionada e nem anormal, que seja racional e fale a mesma língua, faria as mesmas predicções. É tal como ocorre no modelo da ciência moderna, em que hipóteses são propostas e depois investigadas em esforço comum, no sentido de pôr à prova a sua sustentabilidade. Isto é, a verificação da verdade/falsidade das proposições pode ser feita por qualquer pessoa que seja racional, ou que possua as qualificações necessárias para usar os meios de comprovação empregados e indicados, ou eventualmente outros. Por isso pode-se falar em “verificação impessoal do objeto discutido”.<sup>4</sup>

No nível da *discussão-com* a ação linguística não depende de aceitação ou consenso. A ação linguística pode ser verdadeira ainda que não encontre alguém que com ela concorde. O termo “verdade”, no caso, não tem o sentido da epistemologia empirista. Ele significa que quem fala, fundamentando o que diz, propõe concomitantemente um método acessível de comprovação – que não precisa ser empirista, podendo ser um método estritamente formal (como o da lógica formal). O pressuposto é que existe mútua confiança, respeito, cooperação. O principal é que exista a possibilidade de se fazer a verificação conjuntamente. Não se trata de um processo de decisão. Este é um ponto crucial. Este tipo de discussão não envolve apelo a uma terceira autoridade, um “juiz” que decida numa instância de autoridade. Nem as questões precisam obter, necessariamente, solução positiva. Elas podem, inclusive, ser resolvidas em um sentido negativo, de reconhecimento momentâneo da impossibilidade da solução – quando o juízo fica suspenso e as questões ficam em aberto para novas discussões.<sup>5</sup>

---

4 FERRAZ JR. Op. cit., p. 34-37.

5 FERRAZ JR. Op. cit., p. 37-39.

## 2.2 A *discussão-contra*

Em muitos casos, a discussão dialógica dá-se na forma de “um contra o outro”. É a *discussão-contra*. É quando a reação do ouvinte não tem sentido cooperacional, mas contestatório. Ele não se nega ao diálogo, mas orienta-se partidariamente. Neste caso, observa Tercio Sampaio, a discussão também pode ser racional. Desde que o discurso seja fundamentante. Aqui, “fundamentar” tem o sentido de “prestar contas do que se diz”. Toda fundamentação está, neste sentido, a serviço do mútuo entendimento. O que não exclui a possibilidade de conflito. Exatamente esta reação contestatória é que qualifica este tipo de diálogo como um “conflito”. O objeto da *discussão-contra* é conflitivo.<sup>6</sup>

Este é mais um ponto crucial. Na *discussão-contra* a função da fundamentação é possibilitar uma decisão pela configuração de alternativas incompatíveis.<sup>7</sup> A incompatibilidade, que se menciona neste caso, é empírica. Ela surge no plano da ação e reação, dentro de uma situação. Existe o conflito quando, diante de uma alternativa incompatível, está-se defronte a um problema de decisão.

Já a “decisão” é, também ela, uma ação linguística. Está sujeita a critérios de racionalidade. Precisa ter a forma de um discurso fundamentante, no sentido de prestar contas do que é dito. A peculiaridade é que a fundamentação da decisão tem a função de absorver a insegurança, no sentido de constituir um elemento de ligação e controle, para fornecer aos partícipes da discussão indicações para o seu comportamento (por exemplo: numa discussão judicial, a fundamentação do ato decisório fornece as indicações para a parte recorrer ou não da decisão). Mas a decisão, percebe-se, não elimina as alternativas em conflito.

---

6 FERRAZ JR. Op. cit., p. 39-40.

7 FERRAZ JR. Op. cit., p. 42.

Sua função não é obter consenso. Ela não é um último ato. A decisão transforma incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis.<sup>8</sup>

Em síntese. Na *discussão-contra* o discurso é conflitivo. A finalidade é formar um conflito e permitir a decisão. Os partícipes discutem “um contra o outro”, em ação e reação, fundamentando as suas proposições de forma persuasiva. A discussão se estrutura em alternativas incompatíveis formando uma questão. E a questão pede uma decisão. Embora a decisão permita uma solução, ela não implica a eliminação do conflito. A finalidade imediata da decisão é absorver a insegurança.

A diferença entre os dois modos típicos do discurso dialógico racional também pode ser notada na função da respectiva fundamentação. Na *discussão-com*, diz Tercio Sampaio, faz-se a fundamentação para ser convincente (onde “convicção” é um sentimento de natureza eminentemente teórica). O orador fundamenta a sua ação linguística para produzir convicção, em termos de conquistar adesão a asserções verdadeiras. A “verdade” é condição de consenso. Já na *discussão-contra*, a fundamentação dá-se para produzir persuasão – um sentimento de natureza eminentemente prática. Não se exige que o outro se renda, bastando que ele se conforme e reconheça que o autor da fundamentação está seguro do que diz. Inverte-se o papel da verdade: a fundamentação persuasiva torna-se capaz de “verdade” porque produz consenso; o consenso é condição da verdade.<sup>9</sup>

Na estrutura da *discussão-contra*, diz ainda Tercio Sampaio, pode-se ver a função específica da técnica jurídica de tratamento de problemas e seu papel de gerar segurança. A finalidade de uma

---

8 FERRAZ JR. Op. cit., p. 42-47. A correlação entre *decisão* e *conflito* foi retomada por Tercio Sampaio para compor uma espécie de “dogmática da decisão”, em: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980, p. 160-176.

9 FERRAZ JR. Op. cit., p. 40.

*discussão-contra* é configurar um conflito e permitir a decisão. Ela pressupõe a certeza de que uma decisão deve ocorrer, mas também a incerteza sobre qual decisão será tomada.<sup>10</sup>

Para a compreensão inicial, o que resta a examinar é a estrutura da *discussão-contra* em relação às peculiaridades do discurso jurídico.

### 2.3 O discurso jurídico como *discussão-contra*

No discurso judicial, o direito autoriza a um dos sujeitos exigir a participação do outro. Esta exigibilidade, diz Tercio Sampaio, significa uma regra sobre o comportamento das partes: numa situação comunicativa, se um dos comunicadores se recusa a participar, renunciando voluntária ou involuntariamente ao seu papel na comunicação, ao outro é facultado reclamar o comportamento recusado. O primeiro efeito desta exigibilidade é que as ações linguísticas ganham uma coordenação objetiva, que liga os partícipes entre si e lhes dá esferas autônomas de ação, obrigando e conferindo-lhes poderes. Também, a exigibilidade acrescenta a figura do juiz (ou mais genericamente o legislador, a norma), ampliando a situação comunicativa para uma estrutura triádica.<sup>11</sup>

A peculiar exigibilidade do discurso jurídico, porém, ainda torna a situação comunicativa insegura e instável. Porque as partes atuam e se obrigam conforme às suas personalidades, com liberdade para trazer à discussão temas e informações. Essa liberdade faz pressupor a intenção de convencer; faz pressupor que as partes possam dizer e buscar a verdade ou, também, mentir. E daí a insegurança e instabilidade que decorrem da regra de

---

<sup>10</sup> FERRAZ JR. Op. cit., p. 45.

<sup>11</sup> FERRAZ JR. Op. cit., p. 57-61. Neste modo de pensar, é bom que se note, o juiz participa da dialogicidade. Trata-se de uma salutar proposta para a superação da doutrina tradicional, que de certo modo continua a conceber ao juiz o papel de mero receptor passivo. A Tercio Sampaio parece inadmissível que se trate a participação de interessados na discussão jurídica (como juízes, advogados funcionários administrativos e cidadãos em geral) como ouvintes passivos (Op. cit., p. 67-71).

exigibilidade acabam dando ao discurso jurídico uma característica ambiguidade em relação à verdade.<sup>12</sup> E assim, conclui Tercio Sampaio, a relação dialógica jurídica é, basicamente, uma *discussão-contra*. É uma discussão que envolve um tipo característico de questão, denominada *conflito*, e envolve uma típica função que é a de *possibilitar uma decisão*.<sup>13</sup> É justamente este caráter conflitivo e decisório do discurso jurídico que explica o aparecimento do terceiro comunicador, que é o julgador (ou, mais genericamente, a norma): ele garante a seriedade e racionalidade do conflito, impedindo que ele se generalize, no sentido de se referir a todas as qualidades e características da outra parte.<sup>14</sup>

Nesta caracterização, o que falta mencionar é a peculiaridade que especifica e diferencia o discurso jurídico, que é a institucionalização do conflito. E então, diz Tercio Sampaio, o diferencial no discurso jurídico é o estabelecimento de um procedimento para tratamento dos conflitos, que garante os seus resultados com mais segurança que outros. O direito instaura entre os partícipes da situação comunicativa um procedimento com capacidade de terminar o conflito, no sentido de pôr um fim, de impedir a continuação.<sup>15</sup> Este ponto precisa ser bem compreendido. O conflito institucionalizado é “intermitente”. Ele começa e acaba, embora esse “acabar” não signifique necessariamente a produção de consenso, no sentido de ausência de conflito. Significa apenas que o conflito deve parar de continuar a partir da decisão.<sup>16</sup> O crucial é notar que no conflito institucionalizado o *dubium* primitivo que ocorre na situação diádica não é eliminado. Ele é trazido para uma situação triádica, passando a integrar o processo decisório.

---

12 FERRAZ JR. Op. cit., p. 62.

13 FERRAZ JR. Op. cit., p. 62.

14 FERRAZ JR. Op. cit., p. 62-63.

15 FERRAZ JR. Op. cit., p. 63-65.

16 FERRAZ JR. Op. cit., p. 75.

E é tornado decidível. Mas isto não exclui a possibilidade de que o conflito continue. Se continuar, diz Tercio Sampaio, ele “ocorre fora da situação comunicativa, que é, assim, rompida”.<sup>17</sup>

Nesta técnica de solução de problemas revela-se o caráter peculiar do discurso jurídico, como *discussão-contra*: ele cria as condições para o comportamento dos participantes como partes, estabelecendo uma instância que neutraliza a atividade direta dos conflitantes entre si, trazendo para a situação uma nova regra de procedimento que garante o conflito: no conflito jurídico (institucionalizado) não se questiona o direito ao conflito, ao mesmo tempo em que se determinam quais conflitos são permitidos.<sup>18</sup> O discurso jurídico possibilita a superação da situação em que cada um é dono da “sua verdade” e se dispõe a expô-la convincentemente em relação ao outro, no sentido de obter-lhe a adesão, de fazê-lo abandonar a sua própria opinião e aceitar uma outra. A fundamentação jurídica, por isso, deve ser persuasiva, enquanto apresentação de motivos de decisão.<sup>19</sup>

Em síntese. O discurso jurídico é uma *discussão-contra*. O conflito jurídico se caracteriza como um *dubium* permitido e assegurado, que se estrutura em alternativas incompatíveis em relação a uma norma jurídica. A terminologia *discussão-contra*, já se deve ter notado, Tercio Sampaio usa-a em referência à totalidade do repertório discursivo do direito. Ela compreende, inclusive, o discurso do processo, assim entendido o instrumento jurídico de composição de uma lide. Como se passa a destacar nos próximos tópicos, é diferente o caso da investigação: o discurso que nela aparece assume a forma preponderante de uma *discussão-com*.

---

17 FERRAZ JR. Op. cit., p. 76.

18 FERRAZ JR. Op. cit., p. 65.

19 FERRAZ JR. Op. cit., p. 65-66.

### **3. A estrutura dos discursos que preponderam na investigação e no processo**

Em tópicos anteriores foram apresentados os dois modos típicos do discurso dialógico racional destacados por Tercio Sampaio, com atenção para a sua compreensão de que a *discussão-contra* é a modalidade própria de que se vale o direito, não só em um sentido mais amplo, mas também em relação à estrutura dialógica própria do processo. O objetivo agora é demonstrar que a distinção estabelecida entre *discussão-com* e *discussão-contra* auxilia na identificação de alguns dos traços conceituais de investigação e processo e por isso pode funcionar como fator de diferenciação. Isto pode ser melhor visto a partir de uma caracterização descritiva do processo, e depois das investigações em geral, em termos de esquemas formais analíticos.

#### **3.1 A *discussão-contra* na estrutura formal do processo**

Direito é técnica de solução de conflitos. E o processo é um de seus instrumentos. Na sua essência, o processo é uma construção técnica para a solução de conflitos. Aqui interessa considerar a estrutura formal do processo, as suas “vigas mestras”, que podem ser reveladas pela análise lógica.

Desde um ponto de vista formal, o processo é iniciado por atos de postulação, que as partes apresentam junto de proposições existenciais sobre o fato jurídico que está na base de suas pretensões. Notam-se dois tipos de proposições: as postulatórias e as existenciais. Sobre as proposições existenciais das partes, desenvolve-se a atividade probatória, assim entendido o conjunto de atos processuais destinados à verificação da correspondência do afirmado com a realidade concreta subjacente à lide. Esta estrutura formal deve ser vista com mais vagar.

As proposições existenciais que as partes apresentam no processo são verificáveis. E se submetem a uma valência veritativa dual (eis que devem ser qualificadas ao final como “verdadeiras” ou “falsas”). Isto é semelhante às hipóteses provisórias que são construídas na investigação, no trabalho de obter conhecimento sobre o fato investigado. Mas há a marcante diferença: no processo, as proposições existenciais das partes não se sujeitam a livres e constantes modificações, reconstituições, ajustes, descartes. Durante a trajetória processual, exige-se a estabilização do que foi enunciado pelas partes sobre os fatos subjacentes à lide. E assim é por uma diferença de essências já bem conhecida: no inquérito, a ausência inicial de conhecimento sobre o fato jurídico é exatamente o que constitui o problema e demanda a investigação. No processo, ao menos em tese, as proposições existenciais que as partes apresentam são a representação linguística de fatos sobre os quais elas já têm conhecimento. Desde um ponto de vista formal, pode-se dizer que a decisão final do processo não julga a ocorrência, ou a não ocorrência, de fatos. Ela julga a verdade ou falsidade das proposições feitas pelas partes sobre fatos. É da essência formal da sentença dirimir controvérsias sobre proposições existenciais. E controvérsias de tal tipo decidem-se por verificação.

Ao final do processo sobrevém a sentença, assim entendido o ato judicativo que estabelece qualificação veritativa às proposições existenciais das partes, a partir da prova produzida, e determina a atuação das normas materiais ao caso conforme à verdade processualmente obtida. A sentença, que também é um ato discursivo revestido de autoridade, declara a qualificação veritativa das proposições apresentadas pelas partes na fase postulatória. E assim produz um estado de coisas válido para o processo. Em última análise, o processo se estabelece para garantir a incidência normativa. Instaura-se o processo para a aplicação imperativa e contenciosa de normas jurídicas. Sob o

ponto de vista da situação comunicativa discursiva, voltando a citar Tercio Sampaio, o processo é uma relação entre diversos partícipes, cujo sentido é a representação da busca de uma decisão, de acordo com certas regras.<sup>20</sup>

No processo, o objeto da discussão (o *dubium*) envolve o ângulo de comportamento de duas partes contrárias, em ação e reação. A parte que toma a iniciativa articula um fato e o relaciona a alguns efeitos jurídicos. A parte que se defende contrapõe-se àquela ação linguística. O questionamento estrutura as possibilidades de ataque e defesa. Estabelece-se o conflito, como um elemento essencial da discussão processual. E conflitos são alternativas incompatíveis que pedem uma decisão. E então aparecem “conflito” e “decisão” como elementos essenciais na estrutura da atividade processual.

Por conta da regra de exigibilidade da participação, há uma assimetria e uma instabilidade características nas relações. De acordo com a função que a parte desempenha, ela manifesta diferentes graus de personalização da ação linguística, imiscuindo a sua própria personalidade nas suas ações. As partes se engajam na relação, com o intuito de influenciar o seu decurso. O seu comportamento é reativo e partidário, de quem é pessoalmente interessado na decisão.<sup>21</sup> Daí que o comportamento partidário manifesta uma certa ambiguidade e ela é determinante para a qualificação do discurso. A reação partidária é ambígua porque exprime um comportamento egocêntrico ao mesmo tempo em que pressupõe certa cooperação.<sup>22</sup> Assim, em síntese, pode-se constatar que na argumentação típica do processo, a relação discursiva é, basicamente, uma *discussão-contra*.

---

20 FERRAZ JR. Op. cit., p. 73-74.

21 FERRAZ JR. Op. cit., p. 74-75.

22 FERRAZ JR. Op. cit., p. 75.

### 3.2 A estrutura formal da investigação<sup>23</sup>

Mencionou-se no tópico anterior que o processo envolve o comportamento de duas partes contrárias, em ação e reação. Que o objeto da discussão processual é conflitivo. E que conflitos são alternativas incompatíveis que pedem uma decisão. “Conflito” e “decisão” aparecem como elementos essenciais na estrutura discursiva do processo. Na investigação, como agora se destaca, esta essência estrutural não se manifesta. A investigação, em suma, implica uma situação indeterminada inicial. E o caráter problemático da dada situação inicial forma uma indagação e suscita a investigação. Em última análise, a investigação se desenvolve para esclarecer ou requalificar um fato jurídico problemático. Veja-se também esta estrutura formal com mais vagar.

Uma investigação nunca parte do nada. Qualquer investigação se inicia por uma indagação sobre um fato jurídico do qual não há conhecimento suficiente. Como dizem os filósofos, toda investigação séria principia com algum fato ou grupo de fatos que fere a atenção do investigador, como problemáticos, e que desencadeia todo o processo do inquérito.<sup>24</sup> A formulação do problema inicial, a indagação primeira, é o ato inicial. Qualificar como “problemática” uma situação é o passo inicial da investigação.<sup>25</sup>

---

23 O destaque do que é essencial na estrutura analítica da investigação parte da obra de John Dewey: DEWEY, John. *Lógica: teoría de la investigación*. Tradução ao espanhol Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1950. Mas de um modo geral, o básico do exposto por Dewey é o que se costuma encontrar propugnado em exposições mais sintetizadas sobre o método padrão da investigação científica, como se pode ver, dentre outros: COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 377-416; FERRARI, Alfonso Trujillo. *Metodología da ciência*. 2. ed., Rio de Janeiro: Kennedy Editora, 1974, p. 171-242; FIORENTINI, D.; LORENZATO, S. *Investigação em educação matemática: percursos teóricos e metodológicos*. Campinas, SP: Autores Associados, 2006, p. 59-177; HEGENBERG, L. *Etapas da investigação científica*. São Paulo: EDUSP, 1976 [em especial, vol. 2, p. 115-179]; RODRÍGUEZ, Isabel Villaseñor; GARCÍA, Juan Antonio Gómez. *Investigación y documentación jurídicas*. 3. ed. Madrid: Dykinson, [2020?], p. 20-52; SALAZAR, Luis Manuel Marcano. *La investigación jurídica: herramientas para la realización del trabajo intelectual del abogado*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019, p. 21-38.

24 COPI, Irving M. Op. cit., p. 395.

25 DEWEY, John. Op. cit., p. 123.

A situação inicial é um “problema”. Ela é incerta, questionável, atacável, aberta a críticas. A investigação implica um problema a ser solucionado. O fato de que se cuida é problemático (ou “indeterminado”), porque não se conhecem dele todas as partes constitutivas. Há desconhecimento, indeterminação, obscuridade. O modo de se obter conhecimento é pela investigação. “Investigar” é conhecer, é sinônimo de interrogar. Sobre o fato problemático inicial faz-se uma indagação, que suscita a investigação. A investigação é uma atividade que se desenvolve perguntando. Investigação faz-se para a busca de solução a uma indagação inicial. Faz-se para a instauração da ordem. Faz-se para estabelecer a ordem dos eventos, as relações que os determinam, para identificar mudanças e suas causas.

A observação das condições da situação inicial problemática sugere a solução possível. É o que se denomina “hipótese”. A hipótese se apresenta como uma consequência antecipada, uma previsão do que pode decorrer da investigação. Ela é dada pelo exame de sua adequação funcional, como meio para resolver o problema. A antecipação da consequência é uma probabilidade; ela assinala algo que pode ocorrer.<sup>26</sup>

O conteúdo de cada hipótese é a explicação plausível para o problema posto. Mas é uma explicação sempre provisória; está constantemente sujeita a confirmação ou refutação. A depender dos exames sobre as fontes de prova que forem progressivamente anexadas ao inquérito, é uma possibilidade constante que cada hipótese seja alterada, reformulada, abandonada. Ou que novas hipóteses sejam construídas. Cada ato investigatório demanda avaliação dos resultados parciais até então obtidos e pode resultar na obtenção de mais informações. E assim desencadear a reinterpretação de todo o material, a demandar novos atos investigatórios de verificação. Consequentemente, todo o conteúdo

---

<sup>26</sup> DEWEY, John. Op. cit., p. 127-129.

do inquérito é provisório. Investigação faz-se construindo conclusões parciais, mas elas estão sujeitas a variações contínuas.

A investigação é finda pela “conclusão”. Eis mais um ponto fundamental na análise. Na investigação, a conclusão é a síntese possibilitada pelas informações que o conjunto propicia. Ela é construída numa sequência de atos, que perpassa uma série de conclusões intermediárias. E se expressa por um juízo: um juízo concludente. Na conclusão, a indeterminação do fato é eliminada.

A exposição desta estrutura formal destaca da investigação a ausência de conflito e de processo decisório. E estes são exatamente os elementos analíticos essenciais na estrutura da *discussão-contra*. Em outros termos: conflito e decisão são elementos analíticos essenciais na estrutura da *discussão-contra*, mas eles não aparecem na estrutura do discurso que prepondera na investigação. Por isso podem ser tomados como fator de diferenciação, na relação entre investigação e processo. Atingir esta percepção permite identificar a *discussão-com* como a modalidade própria do discurso que prepondera na investigação. Aliás, a identificação da *discussão-com* com a investigação aparece autorizada em outro trabalho de Tercio Sampaio, onde o objeto de sua atenção são temas da teoria geral do direito. Na nova oportunidade, diz Tercio Sampaio que a estrutura da *discussão-com* está voltada para o processo contínuo de se fazerem interrogações e, a cada interrogação, gerar uma abertura para nova interrogação. Na *discussão-com*, prossegue, tudo é passível de ser posto de novo em dúvida; respostas são sempre teses, que se transformam em hipóteses, para outras teses que se reformulam na forma de novas hipóteses. Isto não precisa ser pacífico. E às vezes não é, como se vê nas revistas científicas. A ideia é de cooperação, no sentido de um discurso homológico a presidir a cooperação.<sup>27</sup>

---

27 DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Diálogos sobre teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Forum, 2023, p. 81-84.

### 3.3 Segue: o conflito e a decisão como critério de diferenciação entre investigação e processo

Viu-se que, na teoria formal do discurso, conflito e decisão são elementos que se implicam, que se exigem mutuamente. Na relação entre os conceitos jurídicos de investigação e processo, eles podem ser tomados como critério de diferenciação. Sequenciando o desenvolvimento, interessa destacar mais alguns detalhes desta decisiva diferenciação conceitual.

Numa situação comunicativa, “*dubium*” é sobre o que se discute. É o objeto da discussão (em oposição a *certum*).<sup>28</sup> Diz-se que ele é “conflitivo” quando os pontos de vista das partes se determinam mutuamente, em oposição um ao outro. É o que se diz “conflito”, no sentido de pretensões discordantes sobre um fato ou sobre as suas consequências jurídicas.<sup>29</sup> Em termos de Tercio Sampaio, o *dubium* conflitivo é uma espécie de “questão”, no sentido de um conjunto de possibilidades estruturadas em alternativas de natureza incompatível. E conflitos são alternativas incompatíveis que pedem uma decisão.<sup>30</sup>

Quando se atenta para o discurso que prepondera na investigação, vê-se que não são conflitivas as suas questões e por isso ela não demanda um processo decisório. No básico da sua estrutura formal, como já se viu supra, a investigação se inicia por uma indagação inicial, que orienta a formulação de hipóteses explicativas provisórias, e as hipóteses explicativas provisórias orientam os atos de verificação. Os atos investigatórios de verificação

---

28 FERRAZ JR. Op. cit., p. 15-18.

29 O caráter conflitivo do *dubium* não tem o sentido vulgar, de discussões especialmente violentas, em que a forte oposição entre opiniões divergentes e inconciliáveis leva à recusa de ouvir-se mutuamente e de apresentar argumentos apreciáveis. *Conflito* é apenas uma questão, que pede uma decisão. E *decisão* é um modo de comportamento que pode trazer consigo graves consequências (FERRAZ JR. Op. cit., p. 40-42).

30 FERRAZ JR. Op. cit., p. 41-42. “Incompatibilidade” é um problema empírico. Ela surge no plano da ação e reação, dentro de uma situação. Não se confunde com “contraditoriedade”, que é própria da lógica, em que as alternativas são mutuamente excludentes, pressupondo o *tertium non datur* (FERRAZ JR. Op. cit., p. 41-42).

confirmam ou refutam as hipóteses. E este recurso técnico se reitera no percurso da atividade, com reconstituições, ajustes, descartes. E assim prossegue até a obtenção de explicação para o problema de que se cuida. Trata-se, sumamente, de uma atividade de esclarecimento, ou de requalificação, de fatos jurídicos.

Na investigação, o pressuposto é a existência de um fato jurídico problemático, assim entendido o fato sobre o qual não há conhecimento suficiente. Por isso se pode dizer que a atividade investigatória se desenvolve para esclarecimento, ou para requalificação: a investigação se encarrega de conduzir a situação à condição de um conjunto organizado. Na investigação, o objetivo final é conduzir o fato jurídico problemático à condição de fato jurídico certo, conhecido, determinado. Portanto, na estrutura essencial da investigação, o conflito não aparece como um elemento estrutural. Sob o ponto de vista das ações linguísticas, os partícipes na investigação se esforçam em comum para encontrar acordo. O rumo é o do consenso.

Num segundo ponto, também se nota que a investigação não demanda uma decisão, no seu sentido estrito. Como o objeto da investigação não é conflitivo, ela não demanda um processo decisório. E daí passa a ser possível notar que a diferença estrutural também se manifesta no modo de encerramento: enquanto a *discussão-contra* implica uma decisão, a investigação é finda pela conclusão. Estritamente consideradas, “conclusão” não se confunde com “decisão”.

Com efeito, entre conclusão e decisão há similaridade, mas não há correspondência de sentidos. Em ambos os casos, o sujeito toma por verdadeiro o sentido de proposições sobre o fato jurídico. O significado das proposições foi compreendido, considerado e aceito como verdadeiro. Só que no caso da conclusão que encerra uma investigação, trata-se da obtenção de esclarecimento a um fato inicialmente indeterminado – que passará à condição de fato determinado. Na “conclusão”, a indeterminação inicial-

mente existente sobre o fato jurídico é eliminada. A conclusão requalifica o fato jurídico, que passa a ser certo, determinado, deixando de ser problemático. Isto se diferencia essencialmente de um processo de decisão.

Na “decisão”, a finalidade imediata está na absorção de insegurança. Ela não é um último ato. A decisão pressupõe o conflito, mas não o elimina. Ela não elimina as alternativas em conflito. Sua função não é obter consenso.<sup>31</sup>

E assim se percebe que o ato que conclui a investigação é similar ao que faz o julgador quando profere a decisão final de um processo. Mas esta similaridade é apenas aparente. Ela se desfaz sob o exame mais apurado. Este é um dos pontos nucleares desta análise: alertar que existe uma diferença importante no modo dos discursos que se praticam na investigação e no processo.

Em síntese. Na investigação, conflito e decisão não aparecem como elementos essenciais. O tipo de discurso que ali prepondera não envolve um *dubium* conflitivo e por isso não implica uma decisão, exatamente os dois elementos que caracterizam a *discussão-contra*. Estas ausências são determinantes para a constatação de que investigação não tem a qualidade de *investigação-contra*. A investigação manifesta uma estrutura dialógica predominante de *discussão-com*.

#### **4. O conflito e a decisão como elementos analíticos acidentais na investigação: a causa de extravios e confusões**

O material teórico reunido até aqui destaca suficientemente que “conflito” e “decisão” funcionam na diferenciação conceitual entre investigação e processo. Porque aparecem como elementos

---

31 FERRAZ JR. Op. cit., p. 40-47.

analíticos essenciais do processo, mas estão ausentes na estrutura formal da investigação. Esta ausência essencial permite captar o modo típico do discurso da investigação como uma *discussão-com*. Isto não significa, porém, que a atividade investigatória não possa conter uma discussão conflitiva e assim demandar um processo decisório. A questão é que na investigação isto só ocorre acidentalmente. Então, falta dizer algo sobre o surgimento eventual do conflito na investigação, que é uma agregação de complexidade e costuma ser a causa de enormes confusões e extravios teóricos importantes da doutrina jurídica, e também de falhas graves da jurisprudência criminal superior.

#### 4.1 Os incidentes da investigação

Em alguns de seus momentos, o discurso que se desenvolve numa investigação pode experimentar interrupções, que instauram uma atípica discussão conflitiva na atividade. É o que se pode chamar de “incidentes”. Destoando na marcha em curso, eles podem ser identificados e percebidos como momentos estruturais alterados, como é o caso da resistência à prática de atos investigatórios, um fenômeno que merece ser examinado mais detidamente.

A investigação é uma atividade jurídica. Como tal, estrutura-se a partir de uma finalidade última: esclarecer um fato jurídico problemático. Só que respostas não surgem do nada. Tampouco de um trabalho exclusivamente intelectual do investigador. É preciso encontrar dados para a posterior interpretação. Algumas exigências decorrem deste especial direcionamento: é preciso buscar fontes de prova; interpretar fontes de prova encontradas; construir, abandonar e reconstruir hipóteses explicativas etc. No atendimento das necessidades próprias da atividade, revelam-se os interesses jurídicos que lhe são inerentes: vasculhar lugares, examinar coisas, interrogar pessoas, acessar documentos, interceptar conversas etc.

É natural que, por vezes, os interesses inerentes a uma investigação encontrem resistência daqueles que de alguma forma podem ter os seus próprios interesses afetados pelos atos investigatórios. Pode-se cogitar, por exemplo: o proprietário do lugar se opõe a que ele seja vasculhado; a testemunha não quer relatar o que tem em memória; o responsável pela guarda de documentos não quer disponibilizá-los para consulta; o possuidor não quer entregar a coisa que tem em mãos para ser examinada; os participantes de uma conversa querem mantê-la sob reserva etc. Nestes casos, em que há resistência à prática de atos investigatórios, estabelece-se o discurso conflitivo na investigação. O conflito ocorre entre os interesses que orientam os atos do investigador e o interesse de quem quer oferecer oposição à prática de atos investigatórios. Surge um obstáculo accidental e ele demanda superação. Antes de prosseguir, é preciso resolver o incidente conflitivo.

A decisão para parte importante destes conflitos incidentais pode ser encontrada no próprio ordenamento, por normas que atribuem genericamente ao próprio investigador o poder de superar a resistência. Isto ocorre, por exemplo, quando normas autorizam a condução forçada da testemunha que se recusa a comparecer para depoimento. Mas há também casos de reserva de jurisdição, em que a resistência só pode ser vencida por uma autorização jurisdicional individualizada.<sup>32</sup> Sob o ponto de vista da situação comunicativa, todas estas situações configuram uma relação dialógica conflitiva, do tipo *discussão-contra*. E podem ser ditas “incidentais”, no sentido de que só se instauram eventualmente, como adendo numa discussão anterior em curso. Mas a teoria jurídica costuma atribuir maior relevância aos casos em que o conflito requer o provimento jurisdicional individualizado. É o que a doutrina, especialmente no campo

---

32 Casos existem, também, em que a resistência do titular do interesse afetado deve ser presumida – *praesumptio juris*. Como ocorre, por exemplo, quando o investigador pretende interceptar conversas ou empreender buscas domiciliares sem prévio aviso. Nestes casos, deve-se presumir a discordância dos interlocutores ou dos ocupantes do domicílio, já que não parece correto presumir a anuência nos casos de afetação invasiva de direitos fundamentais expressamente protegidos por cláusula constitucional (CF, art. 5º, XI e XII).

da jurisdição criminal, comumente denomina “incidente jurisdicional na investigação”.<sup>33</sup>

Desde a perspectiva da teoria do discurso, o incidente jurisdicional da investigação suspende temporariamente a natureza estrutural do discurso próprio da atividade investigatória. Ele suspende a homologia entre os partícipes, instaurando uma relação dialógica-contra. E faz surgir demanda pela atuação de um elemento externo, que se encarregue de decidir. Antes de prosseguir, é preciso decidir o incidente, em uma instância jurisdicional. Em outros termos: o incidente jurisdicional na investigação é um momento crítico que interrompe o discurso da investigação, que por regra se desenvolve na forma de uma *discussão-com*. Ele instaura o conflito. E gera uma relação dialógica secundária, onde a discussão é tópica e partidarizada. No incidente, as *ações linguísticas dos partícipes se contrapõem, numa típica discussão-contra*, claramente divergente da relação dialógica principal. A atuação externa precisa vir para superar o impasse, para conferir retomada à marcha ordinária.<sup>34</sup>

Conquanto sejam menos notadas como incidentes da investigação, outras situações poderiam ser apontadas como autênticas discussões conflitivas acidentais na investigação, como é o caso de algumas cautelares criminais que não se destinam a assegurar a investigação.<sup>35</sup> Em qualquer caso, o que caracteriza estes inci-

---

33 Por todos, veja-se o conhecido trabalho de Fauzi Chouke: CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995, em especial p. 85-93.

34 O *juiz das garantias* é figura que corresponde ao sentido destas constatações teóricas (no Brasil, ver Lei Federal nº 13.964/2019). O juiz de garantias é o elemento externo que decide, criando as condições para a retomada da homologia entre os partícipes da discussão na investigação. Ele nada mais é que uma forma institucionalizada especificamente encarregada de decidir os conflitos acidentalmente instaurados em investigações criminais.

35 No sistema brasileiro, alguns exemplos têm-se com a prisão para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP brasileiro, artigo 312). Poderia ser lembrado ainda o “indiciamento”, entendido como tal o reconhecimento formal de que um conjunto de fontes de prova aponta para a responsabilidade de uma pessoa pelo fato jurídico que é objeto da investigação. Pela perspectiva da teoria do discurso, trata-se também de uma ação linguística. Mas desde uma perspectiva formal, *a priori*, não se pode dizer que o indiciamento instaura sempre uma relação dialógica-contra, pois isto depende do direito positivo permitir o seu questionamento no âmbito da própria investigação. Num sistema como o brasileiro, que não regulamenta o indiciamento, mais natural é que ele continue a existir como um corpo sem alma.

dentes é que eles configuram um momento alterado no discurso da investigação. Fenomenologicamente, manifesta-se uma relação discursiva accidental, em que se podem notar a luta, a disputa, os jogos de estratégias para persuasão, os pontos de vista em recíproca oposição, todos os elementos da argumentação típica de uma *discussão-contra*.

Aliás, a oposição de interesses que se estabelece nestas situações conflitivas incidentais da investigação é exatamente o que possibilita uma relação dialógica-contra, do tipo *investigador-“investigado”* (que possui certa similaridade com a relação *autor-réu*, e por isso pode se apresentar enganosa, como se destaca no próximo tópico). Este é um ponto importante que não tem sido percebido por parte considerável da doutrina e jurisprudência, e a desatenção tem funcionado como uma incubadora de teorias falhas, exímias produtoras de razões para nulidades. Para ser captada como conflitiva, a relação dialógica pressupõe um polo oposto no debate. Na *discussão-contra*, a ação discursiva precisa ser direcionada em oposição a alguém. Fora destes casos conflitivos incidentais da investigação, não há sentido para falar-se em “investigado” ou “pessoa investigada”, expressões que têm sido vulgarizadas na jurisprudência e até pela teoria jurídica mas que, a rigor, não possuem sentido lógico, já que investigação faz-se sobre fatos e não sobre pessoas.

Em síntese. O incidente da investigação é um momento estrutural alterado da investigação. Ele é accidental, eventual. Provoca a passagem momentânea do discurso para a forma de uma *discussão-contra*.

## 4.2 As confusões e os extravios teóricos

Considerações precedentes mostraram que a investigação, vista como uma atividade, possui certa ordem interna, organizada unitariamente por uma finalidade própria – a obtenção de es-

clarecimento ao fato jurídico. Esta ordem tende a seguir com alguma estabilidade, na forma de uma *discussão-com*. A resistência eventual à prática de atos investigatórios introduz uma perturbação tópica externa, que precisa ser absorvida e superada, e isto não pode ser feito numa relação dialógica-com. A decisão para o *dubium* conflitivo incidental precisa ser buscada em normas jurídicas abstratas ou na atuação individualizada da instância jurisdicional. Em qualquer caso, a situação configura um incidente da investigação, um momento estrutural alterado accidental em que o discurso assume temporariamente a natureza de uma *discussão-contra*. E assim se pode observar que a estrutura ordinária da investigação, nos seus incidentes, suspende-se momentânea e acidentalmente, para o desenvolvimento de uma relação dialógica que é do mesmo tipo daquela que é própria do processo. Mas não se devem confundir os conflitos que ocorrem eventualmente na investigação com o conflito que qualifica essencialmente a atividade processual. Este é o ponto a ser posto em evidência. A não percepção desta distinção conceitual importante, que deveria ser primária, é fonte de graves confusões por parte considerável da doutrina e jurisprudência.

No ponto, é oportuno advertir contra os erros que aí se originam. A similaridade de identidade que os diferentes conflitos manifestam é meramente aparente. Mas, formal ou substancialmente, o conflito accidental que configura um incidente na investigação não emula e nem é uma antecipação do que pode vir a ser desenvolvido num futuro e eventual processo. Boa parte das inexactidões teóricas que se verificam no tema da investigação deve-se a este erro: o de acreditar que os conflitos incidentais da investigação são alguma forma de antecipação das questões conflitivas de que deverá cuidar um futuro e eventual processo. Como já deve ter ficado claro, um dos objetivos deste artigo é alertar que existem diferenças fenomenológicas importantes que não autorizam a confusão. A começar pelo equívoco que é supor sempre um processo subsequente à investigação. E, sobretudo,

pela clara diferença que existe entre os titulares dos interesses envolvidos nas diferentes discussões conflitivas.

A titularidade dos interesses envolvidos na discussão conflitiva é certamente o que torna mais visível a distinção. No conflito incidental da investigação, opõem-se os interesses de quem quer obter fontes de prova e os interesses daquele que se recusa a participar de atos investigatórios. Por consectário, à relação dialógica conflitiva incidental precisam ser admitidos como partícipes da discussão os titulares dos interesses envolvidos no incidente. Mas eles não são necessariamente os mesmos que se podem supor para um futuro processo, acaso venha a ser instaurado. Quando se percebe que os elementos subjetivos dos diferentes conflitos não os mesmos, percebe-se que os potenciais integrantes de um futuro e eventual processo não têm interesse jurídico para participar das discussões incidentais da investigação. Esta realidade fenomênica configura um limite subjetivo para a discussão dialógica do incidente. Pelo critério da titularidade dos interesses envolvidos, obtém-se a regra de admissibilidade: devem ser admitidos como partícipes na discussão incidental da investigação apenas aquelas pessoas cujos interesses jurídicos possam de algum modo ser atingidos pelos atos investigatórios que se discutem no incidente. Isto significa que para decidir quem deve participar da discussão incidental da investigação é despiçando cogitar quem seriam os potenciais integrantes de um futuro e eventual processo. Os partícipes da discussão incidental da investigação não são necessariamente as mesmas pessoas que irão integrar uma relação processual subsequente, acaso seja ela de fato instaurada.

Uma segunda e crucial distinção está no objeto dos diferentes conflitos. O incidente conflitivo instaura-se na investigação para discutir apenas e tão somente a afetação de interesses jurídicos demandada pelos atos investigatórios pretendidos pelo investigador. Isto significa que o conflito incidental da investigação

também tem um limite objetivo, que é um limite tópico, localizado. Para que não se generalize o processamento do conflito incidental, deve-se atentar para o tema posto na restrita discussão, que é acidental e diz respeito apenas à afetação de interesses jurídicos demandada pelos atos investigatórios que o investigador quer validar. Ou seja, o objeto do incidente não se relaciona, necessariamente, com as controvérsias que se possam supor para um subsequente processo.

Quanto se atenta para este modo de ser dos incidentes da investigação, percebe-se claramente que eles têm limites subjetivo e objetivo. Estes limites demarcam o campo da *discussão-contra* na investigação. E atuam com a relevante função de impedir que se generalizem as discussões conflitivas incidentais. Este é o ponto, entretanto, em que se revela a origem de parte considerável das confusões e extravios da justiça criminal brasileira, no tema da investigação: na ruptura dos limites subjetivos e objetivos dos incidentes da investigação. Não se percebe que os conflitos incidentais da investigação possuem restritos campos de discussão, que são perfeitamente encontráveis.

No tema, a incompreensão não respeita limites. A praxe jurídica atual tem ampliado cada vez mais a visão equivocada de que os incidentes da investigação são alguma forma de antecipação da atividade processual futura, ainda não instaurada. A ponto de fazer surgir a falsa crença de que algo da dinâmica processual precisa ser considerado enquanto ainda se desenvolve a investigação. Como se os incidentes da investigação fossem a pré-vida do processo, uma espécie de parcial antecipação das controvérsias que irão animar uma subsequente e esperada relação processual.<sup>36</sup>

---

36 A exemplificar o sentido errôneo, tem-se a equivocada afirmação de Aury Lopes Jr, de que o segredo no inquérito seria a “proibição para alguns sujeitos processuais de tomarem conhecimento de determinados atos da investigação” (LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 124). Como se fosse sempre possível saber, ainda na investigação, quem seriam os tais “sujeitos processuais”.

Na progressão do erro surge a tendência para generalizar a *discussão-contra* na investigação. A situação comunicativa incidental passa a ser pensada como o próprio processo, em presença antecipada. Generaliza-se para toda a investigação o que é próprio apenas de seus incidentes. A própria atividade investigatória passa a ser concebida como uma discussão dialógica-contra. E assim se forma a errônea concepção, em franca expansão no Brasil, que enxerga o inquérito como uma espécie de versão antecipada do processo. O que era uma aparente simplicidade acaba gerando um emaranhado indistinguível de fenômenos.

No auge de seus extremos, a falta de clareza conceitual conduz à falsa crença de que o inquérito pode e deve considerar tudo o que seria próprio de uma discussão processual. E assim se atinge o ponto em que o pensamento equivocando apresenta o seu mais pronunciado extravio, que é reivindicar para o inquérito tudo o que é natural ao processo. A tese que afirma a incidência de contraditório e ampla defesa sobre atos do inquérito é apenas o exemplo mais eloquente desta classe de equívocos.<sup>37</sup> No seu auge, este

---

37 De um modo geral, afirmando que contraditório e ampla defesa incidem sobre o inquérito, dentre outros: CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 53-67; MAYA, André Machado. *O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos: semelhanças e diferenças determinantes à estruturação democrática do sistema de justiça criminal*. In BALLESTEROS, Paula R. (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago do Chile: CEJA, 2017, p. 277-291; MORAES, Maurício Zanoide. *Perplexidade de Jato: quando o passado é mais presente do que o futuro*. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 365-381; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *O juiz de garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatório e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana*. In BALLESTEROS, Paula R. (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago do Chile: CEJA, 2017, p. 293-309; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 157-166; 297-306; TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004, p. 78-84. Afirmando que contraditório e ampla defesa existem na investigação “mitigados” ou “limitados”: COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 103-108; LOPES JR. Op. cit., p. 33-60. Na confusão também há quem diga que a ampla defesa existe e não existe no inquérito. Guilherme Nucci, por exemplo, diz que o advogado pode “examinar os autos” e “acompanhar a instrução, desde que constituído pelo indiciado [...] como corolário da ampla defesa.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 110-111). Mas ele também diz que “o inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 122).

illogicismo rigoroso acredita que o inquérito pode e deve expressar algumas das típicas propriedades de uma relação processual conflitiva. O processo ainda não existe, mas já pode funcionar.

No conjunto de dificuldades teóricas que esta falsa doutrina erige, assenta-se a justiça criminal brasileira, sem comedimento. A suma de seus desacertos tem representação rematada na Súmula Vinculante nº 14 do STF, que atribui aos defensores em geral o direito de acessar autos de inquéritos, no exercício do “direito de defesa”.<sup>38</sup> O caráter errôneo da súmula, que condensa jurisprudência sedimentada da Corte, é patente. O que ela promove é uma incontida confusão conceitual. No que interessa aqui destacar, a súmula pressupõe para as investigações em geral a noção de “defesa”, que é própria apenas às relações dialógicas conflitivas. Desde uma perspectiva da teoria do discurso, o erro consiste, basicamente, em introduzir para todo o inquérito a interpretação de uma discussão-contra. De excepcional, acidental, a discussão-contra passa à condição de característica ditada às investigações em geral. Como se fosse natural a qualquer inquérito a existência de “alguém” para ser defendido.

Este embaraço conceitual tem sido a base de perdas e extensas discussões. E de profundos mal-entendidos, que têm funcionado como incubadoras de nulidades. Não à toa, já se sabe. Na base do raciocínio teórico que acompanha a jurisprudência sobre o direito de defesa em inquéritos, certa ininteligência é manifesta. Subjacente está a falsa crença de que o direito de defesa pode ser *a priori* prescrito para as investigações em geral. Só que nem o Supremo, nem os adeptos da tese, assumem como sua a tarefa de mostrar como se poderia pensar a defesa para um contexto em que não existem partes heterólogas em disputa de interesses. Apenas se pressupõe a existência de contraparte no inquérito,

---

38 Súmula Vinculante nº 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

à semelhança do que ocorre no processo, sem a preocupação de preestabelecer as possibilidades lógicas de exercício de defesa num momento em que ainda não existe conflito. Segundo o tumulto conceitual decretado para o sistema de justiça criminal brasileiro, a investigação deve ser entendida com certa homogeneidade em relação à atividade processual. O direito de defesa no inquérito deve ser visto como um correlato analogizado, pretensamente similar ao que se pensa para o processo. Mas isto exige que seja ignorada a diferença estrutural dos discursos que são próprios a cada atividade. Pouco importando que, na investigação, o natural é que não existem partes em mútua oposição.

Nem tudo, porém, pode ser ignorado. Há um problema de implicação lógica claramente não percebido pelos defensores da tese do direito de defesa no inquérito: eles não revelam a consciência de que “defesa” é um conceito correlativo, que exige um complemento não existente nas investigações em geral. Pois quem se defende está reagindo e isto pressupõe algum conflito, alguma provocação anterior. Esta é uma necessidade lógica de coexistência, própria dos conceitos correlativos. A “defesa”, do mesmo modo que a “reação” ou a “oposição”, não pode existir só. Não tem como se defender quem não pode experimentar alguma forma de “ataque”. É por isso que o Supremo não se ocupou de fornecer explicações para a afirmação de que existe o direito de defesa no inquérito. Não é que o Supremo, no caso, tenha sido avaro de argumentos racionais. Ele simplesmente não os tem. Em termos inteligíveis, não há como defender a racionalidade atenuada de sua jurisprudência. O Supremo não tem como fornecer critério lógico que permita decidir com algum rigor, por um juízo universal, quando alguém deve ser tratado como “investigado” numa investigação (ou “representado”, no seu vocabulário), pela simples razão de que na investigação não existe o pressuposto lógico de que depende a existência da “defesa”. Isto decorre de uma verdade

de base, não desconhecida sequer pelo senso comum: que investigações fazem-se sobre fatos, não contra pessoas.<sup>39</sup>

Ao final, com a Súmula Vinculante nº 14, o Supremo consegue exercer poder sobre a prática analítica, sem razões conceituais. O conceito de “pessoa investigada” é convocado a existir. Mas não sem consequências. Para a teoria da investigação, a prescrição genérica do direito de defesa insere uma perturbação importante, que não tem sido objeto de atenção dos estudiosos. Por alguma razão ainda não clara, não parecem muitos os que se perturbam com a impossibilidade lógica de teorizar sobre a existência *a priori* de defesa numa atividade voltada ao esclarecimento de fatos. Na praxe, a repercussão da anomalia é **que já não se** regra a admissibilidade para as discussões incidentais da investigação. Fica criada, pela força, a possibilidade jurídica de participação em inquéritos para os titulares dos mais diversos tipos de interesses. Em cada caso concreto, basta que a argumentação construa para o interessado a condição de parte potencial em um futuro e imaginado processo. A decisão sobre quem tem direito de acessar autos de inquérito acaba reservada às contingências de cada caso, envolvida nas disputas nem sempre justas de interesses que a jurisprudência do Supremo engenhosamente recobre.

Não é o caso de cogitar para logo a depuração conceitual. No ambiente atual da justiça criminal brasileira, o normal é que persistam os embaraços. Este ramo da especialidade jurídica ainda cultiva a crença de que exigências lógicas podem ser recusadas

---

39 É uma verdade de base que apenas fatos podem ser objeto de investigações. “Investigado” é sempre um fato. É um erro elementar acreditar que pessoas possam ser objeto de investigações. Mas para incidir neste erro, parece já não haver inibições. Na doutrina, por todos, vide o trabalho de Aury Lopes Jr sobre a investigação criminal, onde o autor fala reiteradamente em “sujeito passivo da investigação”. Tanto que incide em autoironia involuntária, ao afirmar: “outro gravíssimo problema do inquérito policial é o mais completo confusãoismo [sic] acerca da situação jurídica do sujeito passivo.” (LOPES JR, Op. cit., p. 268). Também na legislação, o erro aparece em efusiva expansão. Podem-se citar, *v.g.*: a Lei Federal 8.906/94, artigo 7º, XXI, diz que é direito do advogado assistir “investigados” durante a investigação. A Lei 13.869/2019, artigo 27, criou o crime de requisitar a instauração de investigações “em desfavor de alguém”. A Lei Federal 13.964/2019, que inseriu modificações importantes no CPP, faz dezenas de menções à pessoa do “investigado”.

por razões dogmáticas. Também não é o caso de denunciar as causas ou desfazer tudo o que há de errôneo e arbitrário nas teses que se ditam para a investigação. Libertar a investigação de todas as preconcepções errôneas é tarefa para outras ocasiões. Aqui o bastante é fazer surgir à consciência o indigesto nonsense da tese sobre o direito de defesa em inquéritos, para mostrar que doutrina e jurisprudência ainda se mantêm longe de enxergar com nitidez a linha divisória que afirmam enxergar entre investigação e processo. E para mostrar que um exame analítico sobre a estrutura dos discursos que se praticam na investigação e no processo permite explicar a contento os incidentes da investigação e diferenciá-los daquilo que é próprio do processo.

## 5. Conclusão

Conquanto não sejam sempre percebidas pela teoria jurídica, há diferenças fenomenológicas importantes entre investigação e processo que não autorizam a confusão. Uma delas está na estrutura dialógica que é própria do tipo de discurso que prepondera em cada atividade.

O processo, sob o ponto de vista da situação comunicativa discursiva, desenvolve-se por uma relação dialógica conflitiva. As ações linguísticas ocorrem entre partes contrárias, em recíproca oposição, estabelecendo um conflito que passa a pedir uma decisão. A estrutura discursiva do processo se caracteriza como uma *discussão-contra*, na qual “conflito” e “decisão” são elementos analíticos essenciais.

A *discussão-com* está imediatamente na investigação. Na investigação, os partícipes discutem “um com o outro”, em mútua cooperação. A relação dialógica preponderante é uma discussão entre partes homólogos, típica de uma *discussão-com*.

Na relação dialógica-com, o objeto da discussão não é conflitivo. E por isso não exige um processo decisório. A investigação não possui o conflito e a decisão como componentes essenciais e este é um fator que a diferencia essencialmente do processo.

Na investigação, o discurso conflitivo pode surgir, como elemento accidental. Surgindo o conflito, ele exige o seu correlato. E assim passa a demandar decisão, gerando um incidente da investigação. Mas esta é uma possibilidade meramente eventual. Nos incidentes da investigação, o conflito é sempre meio. E o seu conteúdo é sempre intermediário.

Sob o ponto de vista da situação comunicativa, os incidentes da investigação são atípicas alterações. O conflito incidental é um momento estrutural alterado da investigação. Ele provoca a passagem momentânea do discurso para uma *discussão-contra*. Suspende temporariamente a natureza estrutural do discurso.

Por um recorte analítico, os incidentes da investigação têm elementos subjetivo e objetivo que lhes são próprios. Eles limitam a *discussão-contra*, na importante função de impedir que se generalizem as discussões conflitivas incidentais. Estes limites também servem à identificação, evitando confusão com as controvérsias que poderão compor um futuro e eventual processo.

Nem sempre a teoria jurídica percebe com nitidez a diferença do discurso que prepondera na investigação, em relação àquele que se instala accidentalmente nos incidentes da investigação. E assim cria ocasião para distorções teóricas importantes. Entre os desvios teóricos que daí emergem, está a falsa crença de que os conflitos accidentais da investigação são uma forma de antecipação de algumas das controvérsias de um futuro e eventual processo.

A jurisprudência superior brasileira sobre o direito de defesa no inquérito frustra expectativas de racionalidade. Ela confunde as discussões conflitivas incidentais da investigação com as ques-

tões que se podem supor para um futuro e eventual processo. Seus desacertos estão petrificados na Súmula Vinculante nº 14 do STF, que impõe a generalização da discussão conflitiva para as investigações em geral. Assentada no erro teórico elementar, de natureza lógico-analítica, que é acreditar que pessoas podem ser objeto de investigações, a súmula cria para o inquérito um componente de fragilização, porque obriga à excessiva admissão de partícipes nas discussões do inquérito.

## 6. Referências

BALLESTEROS, Paula R. (Org.). *Desafiando a inquisição*: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago do Chile: CEJA, 2017.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Diálogos sobre teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Forum, 2023.

DEWEY, John. *Lógica: teoría de la investigación*. Tradução ao espanhol Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995.

FERRARI, Alfonso Trujillo. *Metodologia da ciência*. 2. ed., Rio de Janeiro: Kennedy Editora, 1974.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

FIORENTINI, D.; LORENZATO, S. *Investigação em educação matemática*: percursos teóricos e metodológicos. Campinas, SP: Autores Associados, 2006.

HEGENBERG, L. *Etapas da investigação científica*. São Paulo: EDUSP, 1976.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

**Investigação e processo: um exame formal sobre a distinção conceitual a partir da teoria do discurso, para encontrar a causa de extravios teóricos importantes**

Fernando Muniz

---

MUNIZ, Fernando. *Prova proibida*, Curitiba, Juruá Editora, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

RODRÍGUEZ, Isabel Villaseñor; GARCÍA, Juan Antonio Gómez. *Investigación y documentación jurídicas*. 3. ed. Madrid: Dykinson, [2020?].

SALAZAR, Luis Manuel Marcano. *La investigación jurídica: herramientas para la realización del trabajo intelectual del abogado*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019, p. 21-38.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

Artigo recebido em 30/06/25.

Artigo aprovado em 22/08/25.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.557