

# Da Jurisdição à Mediação



Coleção Direito, Política e Cidadania, 21

**Fabiana Marion Spengler**

# Da Jurisdição à Mediação

**Por uma Outra Cultura no Tratamento de Conflitos**

2ª Edição



Ijuí  
2016

© 2016, Editora Unijuí  
Rua do Comércio, 1364  
98700-000 - Ijuí - RS - Brasil -  
Fones: (0\_\_55) 3332-0217  
E-mail: editora@unijui.edu.br  
Http://www.editoraunijui.com.br

*Editor:* Gilmar Antonio Bedin

*Editor-Adjunto:* Joel Corso

*Capa:* Elias Ricardo Schüssler

*Responsabilidade Editorial, Gráfica e Administrativa:*

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste  
do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí; Ijuí, RS, Brasil)

Catálogo na Publicação:  
Biblioteca Universitária Mario Osorio Marques – Unijuí

S747d Spengler, Fabiana Marion.

Da jurisdição à mediação : por uma outra cultura no  
tratamento de conflitos / Fabiana Marion Spengler. – 2. ed.  
– Ijuí : Ed. Unijuí, 2016. – 272 p. – (Coleção direito, política  
e cidadania ; 21).

ISBN 978-85-419-0197-0

1. Direito. 2. Política. 3. Estado. 4. Jurisdição. I. Título.  
II. Título: Por uma outra cultura no tratamento de conflitos.  
III. Série.

CDU : 32  
34  
342

Editora Unijuí afiliada:



Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias



A Coleção *Direito, Política e Cidadania* é uma iniciativa editorial do Departamento de Estudos Jurídicos da Unijuí e da Editora Unijuí, voltada à publicação de textos que privilegiam a pesquisa jurídica interdisciplinar e a reflexão crítica sobre o direito e suas relações com as diversas ciências humanas e sociais. O objetivo da Coleção é disponibilizar, aos leitores interessados, um conjunto de publicações que contribuam para qualificar o debate sobre os principais temas da área e que auxiliem no desenvolvimento da cidadania.

## CONSELHO EDITORIAL

Dr. José Eduardo Faria (USP – SP)  
Dr. Darcísio Corrêa (Unijuí – RS)  
Dr. Gilmar A. Bedin (Unijuí – RS)  
Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo (UFSM – RS)  
Dra. Odete Maria de Oliveira (UFSC – SC)  
Dr. Sergio Augustin (UCS – RS)  
Dra. Claudia Rosane Roesler (Univali e Cesusc – SC)  
Dr. Leonel Severo Rocha (Unisinos – RS)  
Dr. Arno Dal Ri Júnior (Fondazione Cassamarca de Treviso – Itália)  
Dr. José L. Bolzan de Moraes (Unisinos – RS)  
Dra. Silvana Winckler (Unochapecó – SC)  
Dr. Otávio C. Fischer (Universidade Tuiti do Paraná e Unicamp – PR)  
Dr. Celso L. Ludwig (UFPR-PR)  
Dra. Maria Claudia Crespo Brauner (UCS – RS)  
Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (UCS-RS)  
Dra. Sandra Regina Leal (Faplan – RS)  
Dra. Sandra Regina Martini Vial (Unisc – Unisinos)

## COMITÊ EDITORIAL

Dr. André Leonardo Copetti Santos  
Dr. Douglas Cesar Lucas  
Dra. Fabiana Marion Spengler



*Para os meus filhotes Fernando Augusto, Pedro Henrique e Ana Carolina, por todas as vezes que choramos juntos a ausência, a saudade e a falta de tempo; por todas as vezes nas quais vocês deram ao invés de receber colo e consolo. Obrigada, meus filhos, por não terem desistido!*



*O presente livro, agora em segunda edição, é resultado da Tese de Doutorado defendida pela autora, cujo curso foi financiado por bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior – Capes.*

*A Tese recebeu menção honrosa no prêmio Capes de Teses no ano de 2008.*



# SUMÁRIO

|                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| PREFÁCIO À SEGUNDA EDIÇÃO .....                                                                                                      | 13  |
| PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO                                                                                                           |     |
| Ou: De Como o Debate Acerca do Tratamento<br>de Conflitos Ganha Novos Contornos! .....                                               | 15  |
| PREFAZIONE .....                                                                                                                     | 23  |
| INTRODUÇÃO .....                                                                                                                     | 27  |
| A CRISE DA JURISDIÇÃO E O VIRAR DA AMPULHETA                                                                                         |     |
| Sociedade, Tempo e Direito .....                                                                                                     | 35  |
| O Monopólio Estatal da Jurisdição e a Crise:<br>o Poder Judiciário é descartável? .....                                              | 41  |
| As Transformações do Papel do Juiz:<br>a “cena” judiciária e a política como ator principal .....                                    | 51  |
| A Instituição Jurídica da Sociedade e o<br>Sequestro da Temporalidade: a temporalização<br>do tempo e a instituição do Direito ..... | 68  |
| O Tempo e o Destempo do Processo: a singularidade<br>do rito como temporalidade processual única .....                               | 82  |
| O Tempo e as Dificuldades de Contar o Direito:<br>a refiguração da experiência temporal por meio da narrativa .....                  | 95  |
| O CONFLITO, O MONOPÓLIO ESTATAL DE SEU<br>TRATAMENTO E AS NOVAS POSSIBILIDADES:                                                      |     |
| A Importância dos Remédios ou Remédios Sem Importância? .....                                                                        | 107 |
| O “Estado da Arte” Socioconflitivo: as diversas possibilidades<br>de interação entre o conflito e as relações de poder .....         | 112 |

|                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------|-----|
| Os Papéis Sociais e as Expectativas do Grupo:                   |     |
| o conflito como sociação positivo-democrática .....             | 123 |
| O Contexto Social e as Estruturas de Poder: o monopólio estatal |     |
| da força como meio legítimo de tratamento dos conflitos.....    | 133 |
| A (Re)Solução Judicial de Conflitos:                            |     |
| o tratamento dos sintomas sem erradicar a doença .....          | 143 |
| Entre o Tradicional e o Inovador:                               |     |
| o tratamento de conflitos e as práticas de ADR.....             | 157 |

## A INSTITUIÇÃO DO CONSENSO

### NA COMPLEXIDADE SOCIAL CONTEMPORÂNEA:

#### A Mediação Como Prática Comunicativa

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| no Tratamento de Conflitos .....                             | 173 |
| A Mediação Enquanto Arte “de Estar no Meio”:                 |     |
| o compromisso com a alteridade .....                         | 177 |
| As Críticas à Mediação: a falta de segurança e certeza       |     |
| para lidar com a “(des)ordem” conflitiva.....                | 187 |
| O “Tempo da Jurisdição” e o “Tempo da Mediação”:             |     |
| a(s) verdade(s) conflitiva(s) e o seu tratamento .....       | 198 |
| A Mediação como Estratégia do “Agir Comunicativo”:           |     |
| a formação do consenso mediante posturas ilocucionárias..... | 209 |
| O Consenso Emerso da Participação: na mediação a             |     |
| consensualidade e na jurisdição a normatividade .....        | 222 |
| Em Hobbes o Consenso Induzido; na Mediação o Consenso        |     |
| Construído: nasce um novo contrato social?.....              | 233 |

|                  |     |
|------------------|-----|
| REFERÊNCIAS..... | 247 |
|------------------|-----|

# **PREFÁCIO**

## **À SEGUNDA EDIÇÃO**

O trabalho doutrinário de Fabiana Marion Spengler já é de todos conhecido e reconhecido por sua qualidade, pertinência e profundidade.

A professora Fabiana escolheu como área para o exercício de suas reflexões aquela que diz respeito aos métodos de composição de conflitos, muito especialmente a mediação.

É nesse campo de interesses que tem trabalhado incessantemente, buscando entender em profundidade todas as questões que envolvem a mediação, tanto no plano jurídico quanto no sociológico.

Neste trabalho, cuja segunda edição chega ao público interessado, Fabiana Marion Spengler desnuda as raízes da chamada crise da jurisdição, buscando oferecer aos leitores a possibilidade de que se compreendam em profundidade todas as questões que a cercam.

E seu texto é elegante!

Fabiana escreve com classe e com graça, dominando com maestria a escrita e atraindo o leitor para cada Capítulo, para cada item, com títulos provocativos. Já no título *O monopólio estatal da jurisdição e a crise*, a autora desafia o leitor com uma pergunta: “o Poder Judiciário é descartável?”

No terceiro título há algo próximo de um jogo de palavras, que desperta rapidamente a curiosidade do leitor. Está lá: “...o sequestro da temporalidade: a temporalização do tempo e a instituição do Direito”.

Em *A (re)solução judicial de conflitos* há uma crítica direta à falta de soluções reais dos conflitos. Afirma Fabiana que a resolução judicial dos conflitos *trata* “dos sintomas sem erradicar a doença”.

Ao abordar a mediação, a autora vai a fundo nas críticas com que, costumeiramente, a doutrina lida com essa forma de solução de conflitos. A outra cita insistentemente o papel da comunicação na mediação e “amarra”, por assim dizer, o que há de mais precioso neste mecanismo de solução de conflitos, que é justa e precisamente a construção de sua solução com fundamento na consensualidade.

Tive, enfim, o privilégio de ler e tenho, agora, a honra de apresentar aos leitores um livro magnífico, extremamente atual, oportuno, bem-escrito, e que contém, sem dúvida, o que há de mais relevante a ser estudado no assunto de que trata.

Registro meus renovados cumprimentos à querida amiga professora Fabiana Marion Spengler pelo lançamento deste magnífico trabalho.

Curitiba, novembro de 2014.

*Luiz R. Wambier*

# **PREFÁCIO**

## **À PRIMEIRA EDIÇÃO**

### **Ou: De Como o Debate Acerca do Tratamento de Conflitos Ganha Novos Contornos!**

O problema do tratamento de conflitos tem merecido, por parte dos juristas, ao longo do tempo, uma atenção especial, até mesmo por se tratar de matéria que lhe é própria, uma vez ser este o objetivo do Direito e da jurisdição, seu *braço (dê)sarmado*.

Em particular, os processualistas foram, ao longo desta história, os titulares maiores deste objeto de estudo, tratando sobretudo desde um olhar disciplinar e, de regra, voltada às fórmulas peculiares e tradicionais selecionadas pelo legislador como aquelas inerentes à ação estatal.

Por isso, o tema da jurisdição e dos instrumentos que ela emprega na tentativa de dirimir conflitos mereceu e merece profunda e complexa análise.

Diante do quadro de profunda crise que se abateu sobre os mecanismos de tratamento de conflitos peculiares ao Estado, entretanto, importa-nos traçar algumas considerações acerca da dicotomia mecanismos conflituais/mecanismos consensuais adotados para tratar querelas.

O primeiro cuidado que devemos ter é o de tomarmos consciência de que, no debate acerca da crise da administração da justiça, além dos aspectos (infra)estruturais, entre outros, devemos ter presente que a complexidade do mundo contemporâneo nos coloca diante de interesses que têm características totalmente diferenciadas – tais os individuais,

os individuais homogêneos, os coletivos e os difusos –, o que aprofunda ainda mais o fosso que se apresenta entre a busca de respostas jurídicas suficientes e eficientes para equacionar as demandas e as possibilidades que as fórmulas tradicionais dispõem, como apontamos em nosso *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais...*

Assim, é o próprio modelo conflitual de jurisdição – caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito – que é posto em xeque, fazendo com que readquiram consistência as propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas, tais as que trazem a pauta a ideia do consenso como instrumento para responder a demandas, permitindo-se, assim, que se fale em um novo protótipo que nomeamos *jurisconstrução* – e que muito bem vem recuperado neste trabalho da professora Fabiana Marion Spengler.

Para o tratamento dos conflitos, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário estruturado como poder de Estado encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela *pacificação social* mediante a imposição das soluções normativas previamente expostas em uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen. Ou seja: ao Judiciário cabe, em havendo o não cumprimento espontâneo das prescrições normativas, a imposição de uma resposta, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o Direito (jurisdição).

Esta estrutura aqui descrita referenda um modelo jurisdicional que se assenta na fórmula clássica, como dito, da oposição de interesses entre indivíduos iguais em direitos, para os quais é indispensável que se sobreponha o Estado como ente autônomo e externo, *neutro e imparcial*, do qual provenha uma decisão cogente, impositiva, elaborada com base em textos normativos de conhecimento público.

A contrapartida que se apresenta nestes tempos de crise – dos sistemas judiciais de regulação de conflitos – entre outras, pode ser percebida pelo crescimento em importância dos instrumentos consensuais extra e intrajudiciais.

A justiça consensual em suas várias formulações – na esteira do Alternative Dispute Resolution (ADR) americano ou da *justice de proximité* francesa – aparece como resposta ao funcionamento das fórmulas modernas, referindo a emergência/recuperação de um modo de regulação social que, muito embora possa, ainda, ser percebida como um instrumento de integração, apresenta-se como um procedimento geralmente formal, por meio do qual um terceiro busca promover as trocas entre as partes, permitindo que as mesmas se confrontem buscando uma resposta pactuada e construída para o *conflito* que enfrentam. E este – o conflito – é que precisa ser adequadamente compreendido, o que vem muito bem desenvolvido pela autora, a qual traz para o debate algo que normalmente é deixado de lado, fazendo-o oportunamente desde uma leitura transversal e sofisticada assumidamente transdisciplinar, como não poderia deixar de ser.

Aparecem, assim, os mecanismos consensuais – apesar de suas distinções – como uma outra justiça, na qual, ao invés da delegação do poder de resposta, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de geri-los – como temos desenvolvido em nosso *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição* (2012), em parceria com a professora Fabiana, em sua terceira edição.

A questão que sobressai, aqui, é a de diferenciar a estrutura destes procedimentos, deixando de lado o caráter triádico da jurisdição tradicional, segundo o qual um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito, e assumindo uma postura díade/dicotômica, na qual a resposta à disputa seja construída pelos próprios envolvidos.

É por isso que propomos como gênero o estereótipo *jurisconstrução*, um neologismo que pretende identificar adequadamente estes instrumentos de gestão de conflitos que, recuperando e reforçando a

cidadania, reforçam a autonomia individual e social. De um lado o dizer o Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o elaborar/concertar/pactar/construir a resposta para o conflito que reúne as partes.

No caso da mediação – como espécie de Justiça Consensual ou Alternative Dispute Resolution (ADR) – supõe-se que o conflito possa ser tratado – e insistimos neste termo – pela restauração de uma identidade harmoniosa que atravessaria o campo social, exigindo conceber o julgamento jurídico como um modelo reflexivo e não mais sob o modelo silogístico de uma fórmula determinante.

Um dos problemas que emerge neste momento é o do personagem – operador – que funcionará como intermediário das trocas. Este papel tanto pode ser ocupado por um técnico como por alguém com autoridade moral, muito embora as consequências distintas que poderão advir de uma ou outra opção, o que se explicita na Lei 9.307/96.

O seu estudo, todavia, aponta para algumas interrogações: Como ficariam a jurisdição como função do Estado, os operadores tradicionais do Direito e os seus métodos? Como os interesses seriam representados? Qual o conteúdo das demandas que estariam afetas a este tipo de solução? E a ideia de Estado de Direito?

Tais questões mostram o receio em relação ao surgimento de uma *justiça paralela* desprovida das características e garantias tradicionais do modelo estatal, ou apenas a um apego xenófobo a prestígios e/ou garantias profissionais dos diversos operadores jurídicos? Será que o mercado de trabalho se reduziria ou, pelo contrário, se ampliaria pela incorporação de conteúdos e pessoas de longa data alijados do processo jurisdicional estatal?

Duas críticas entre outras, ainda podem ser feitas nesta matéria.

A primeira delas diz respeito às insuficiências das bases filosóficas sobre as quais se organizou a função jurisdicional na modernidade democrática, em especial aquelas que pretenderam uma purificação do conflito mediante sua limitação objetiva – quanto ao seu conteúdo – e

subjetiva – quanto às partes envolvidas –, objetivando, assim, uma neutralização inconsistente, impondo aos atores envolvidos na lide terem presente a constante preocupação de sanear o processo, expurgando do mesmo tudo aquilo que a lei considera irrelevante para o seu tratamento.

A segunda, e mais contundente crítica que se pode fazer, diz respeito ao equívoco que se cometeria em pretender supor as relações sociais a partir de uma possível harmonia e de uma eventual conquista do consenso. Nada mais virtualmente ilusório do que imaginar uma sociedade que estivesse fundada no desaparecimento do conflito. Ao revés, é o conflito que constitui o social e faz parte da tradição democrática, estando na base mesma do Direito como instrumento de organização das práticas sociais e do tratamento dos litígios.

Logo, é inviável pretender a construção do consenso diante do conflito que é imanente às relações sociais, o que apenas teria alguma possibilidade de êxito caso estivéssemos diante de uma (des)construção das paixões e interesses.

Para nós operadores do Direito, entretanto, por um lado, as possibilidades propostas por mecanismos consensuais de reconstrução dos litígios permitem supor, ao menos, o evitar as deficiências profundas – instrumentais, pessoais, de custos, de tempo, etc. – próprios à *Grande Justiça* – a jurisdição estatal – marcando, apesar das insuficiências, inevitavelmente um reforço das relações de cidadania e necessita ser privilegiado como instrumento apto a pôr fim a debates que se prolongam, caso sejam levados à jurisdição estatal nos moldes tradicionais. Por outro, supõem, para muitos, a aceitação acrítica destes métodos sem sequer considerar que esta temática necessita ser pensada em um quadro mais amplo, o das funções do Estado Contemporâneo – em que a saga privatista aparecia até poucos dias atrás, antes da *crise dos mercados*(?), como o virtual paraíso suposto por uma ética, quase religiosa, descompromissada(?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da economia, do Direito e do Estado.

Os novos-velhos métodos de tratamento de controvérsias revigorados, agora, como formas alternativas de tratamento de conflitos, se põem na esteira desta grande dicotomia apontada anteriormente, que separa os *métodos heterônomos* dos *métodos autônomos* de tratamento de controvérsias.

Àqueles se vinculam dois modelos: o da jurisdição estatal, em que o Estado-Juiz decide coercitivamente a lide, e a arbitragem – retomada pela Lei 9307/96 – na qual a um terceiro – árbitro ou tribunal arbitral –, escolhido pelas partes, é atribuída a incumbência de apontar a resposta para o conflito que as (des)une – ver artigos 1º, 2º e 3º da Lei 9307/96. São ditos, ambos, heterônomos pois se assentam na atribuição a um terceiro do poder de dizer/ditar a resposta, seja mediante monopólio público-estatal, seja por meio da designação privada.

Por outro lado, os modelos ditos autônomos revelam a pretensão de que os litígios sejam solucionados a partir da aproximação dos oponentes e da (re)elaboração da situação conflitiva sem a prévia delimitação formal do conteúdo da mesma. Assim, supõe-se a possibilidade de uma transformação do mesmo a partir do compromisso das partes com o conteúdo da resposta elaborada por elas mesmas no embate direto que travam. Compõem o conjunto deste método a mediação e a conciliação. Esta se mostra como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, em que um terceiro ajuda as partes a construir um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que visa a facilitar a comunicação entre os envolvidos.

Diante disso, o que temos perante nós é o confronto que se estabelece entre uma tradição assentada em um modelo conflitivo de tratamento de conflitos que é próprio da tradição liberal e do modelo de Estado de Direito que lhe acompanha, e o crescimento de importância adquirido pelos métodos ditos *alternativos* em razão mesmo das interro-

gações que se impõem pela rediscussão acerca da eficiência e suficiência do sistema jurisdicional proposta no âmbito do debate relativo à temática do acesso à justiça.

Como se observa, na esteira da tomada de consciência da crise de administração da justiça impõe-se uma tentativa de revisão de posturas diante da tradição processual prática, apontando agora para a necessária instrumentalidade e efetividade do processo. Neste sentido é que se pode perceber a revisão de inúmeras posturas, fórmulas e práticas.

O acesso à justiça, percebido como um interesse difuso implicou – seja a nível interno, seja internacional – a necessária incorporação ao cotidiano jurídico-jurisdicional de fórmulas diversas que permitam não somente a agilização dos procedimentos para responder à garantia da razoável duração dos processos, mas, isto sim, uma problematização dos métodos clássicos desde um interrogante acerca de sua eficácia como mecanismos aptos a dar respostas suficientes e eficientes para os litígios que lhe são apresentados.

Um parêntese, todavia, deve ser feito: não podemos esquecer que o problema acerca do acesso à Justiça não envolve apenas a (re)introdução em pauta de tal debate, senão que implica nos reconhecimento das deficiências infraestruturais do Estado – em particular de sua função jurisdicional –, além do inafastável comprometimento da formação dos operadores do Direito, bem como dos problemas impostos pela incorporação de novos interesses protegidos pelo Direito.

O consenso emerge como o grande articulador destas novas práticas, podendo ser observado ocupando lugar em vários aspectos da ordem jurídica e promovendo a (re)introdução de práticas que, embora conhecidas, muitas delas, juridicamente, não tinham o reconhecimento/aceitação cotidiana dos atores jurídicos e, nesta linha, em diversos países são promulgadas e publicadas leis que dispõem sobre mecanismos alternativos de tratamento de conflitos, como no Brasil, que ainda discute a regulação da mediação em sede legislativa

Por outro lado, não podemos olvidar que estas interrogações devem ser projetadas no interior de um debate mais amplo acerca das definições político-institucionais do Estado Contemporâneo – afinal, estamos falando da redefinição de uma das funções básicas da atividade estatal.

Não se pode perder de vista, entretanto, apesar de não ter sido objeto de nossa apreciação neste momento, a necessidade inafastável de levarmos em consideração alguns autores clássicos, particularmente aqueles que trabalharam com teorias explicativas da origem do Estado, tais como Thomas Hobbes e John Locke, os quais muito contribuíram para a importância que assume o Direito, como ordem jurídica estatal, e a jurisdição como instrumento para o tratamento pacífico dos conflitos.

Nossa tarefa, neste momento, consistiu mais do que tudo em lançar alguns pontos de inquietação acerca da matéria amplamente enfrentada e discutida pela autora deste trabalho que, em boa hora, vem a público, apontando novos, profundos e instigadores aspectos que necessariamente precisam ser desbravados pelos juristas do século 21.

Parabéns à Editora, sucesso merecido à autora, que mostra, neste trabalho, como este debate merece ser enfrentado desde *olhares* mais complexos e inovadores.

Da Torres do Meio, Encruzilhada do Sul, em Fevereiro de 2009.

*Professor doutor José Luis Bolzan de Moraes*

# PREFAZIONE

Il saggio di Fabiana Marion Spengler è di notevole interesse: rappresenta, nei contenuti e nel “tono” del discorso, un esempio virtuoso di approccio alla questione della mediazione dei conflitti soprattutto se comparato ai tanti lavori che in questi anni sono stati prodotti.

L’interesse deriva da alcuni motivi di fondo. Il primo riguarda la giusta misura tra una dimensione progettuale delle istituzioni della mediazione, concreta, operativa e gli aspetti teorici di fondo senza i quali non si va da nessuna parte. Questo significa che alla mediazione bisogna guardare come a un meccanismo interno alla “sfera pubblica” dentro la quale i processi comunicativi si realizzano; e non v’è dubbio che i conflitti siano processi comunicativi, sia pure con alto tasso di distruttività, come Fabiana Spengler ha messo bene in evidenza. Per natura e tradizione, dunque, la mediazione dei conflitti va collocata all’interno di una sfera pubblica non statale dove gli antagonismi si svelano come comunicazione. Del resto non a caso, la filosofia hegeliana (*Rechtsphilosophie*) aveva posto le istituzioni del conflitto nell’ambito della “società civile” e non nella sfera dello stato. Progettare allora istituti della mediazione significa costruire dimensioni della sfera pubblica disponibili a elaborare, dove possibili, i conflitti e capaci di riattivare comunicazioni non distruttive. Non meraviglia allora che lo sguardo vada rivolto con attenzione alla progettazione: se ne parla da qualche tempo anche in riferimento ad un modello meno conosciuto che è quello dei “mediatori morali”, rappresentati da istituzioni, spesso di natura morale e culturale, capaci di orientare il conflitto verso esiti positivi in termini di etica pubblica. L’esempio che si può fare è quello del rispetto dei diritti umani, dalla cui violazione

nasce un risentimento pubblico difficile da assorbire: mediatori morali sono istituzioni che ricordano, strutture pronte a ascoltare e canalizzare il risentimento, a trasformare in scelte positive di etica pubblica un potenziale di sentimenti negativi. E vanno progettati a seconda della natura dei conflitti, delle forme delle identità, della permeabilità della forme politiche al cambiamento. In una parola la mediazione morale è strumento di *metanoia*, per usare la vecchia formula aristotelica. I nomi della “progettazione” non sono per caso, né sono insignificanti: *aedificatio*, nella filosofia stoica, che vuol dire costruire case, templi, luoghi istituzionali adeguati perché si realizzi *metanoia*, trasformazione dall’interno, è uno di questi nomi. Significa predisporre la sfera pubblica alle possibilità di quella che è stata definita “etica della comunicazione”, il che non va confuso con nessuna obbligatorietà.

Il dove, il come, il quando delle istituzioni della mediazione non può essere separato da una profonda riflessione teorica sui significati e sulla dimensione profondamente filosofica che il tema coinvolge. Qui ovviamente la questione va sciolta attraverso gli innumerevoli passaggi che la mediazione coinvolge e che nel saggio di Fabiana Spengler sono consapevolmente presenti. Si pensi soltanto al fatto che, a partire dalla filosofia greca, la mediazione coincide, da una parte, con lo spazio del pensiero, dall’*eros mediatore* del Fedro di Platone alla “rappresentazione” di Kant che è mediazione verso l’idea; dall’altra con la grande elaborazione della morale, da Aristotele a Rawls, che guarda alla mediazione come allo spazio inter-medio che è quello dello *Zwischenmenschlich* (infra umano). Ed è la *mesotes* aristotelica a indicare, non a caso, la dimensione delle virtù nicomachee, a ricordarci il carattere di etica pratica della mediazione.

La consapevolezza della profondità filosofica del tema della mediazione dovrebbe farci provare ri-spetto per questo processo che è teorico per costituzione e che non può essere volgarizzato in una pratica vuota del senso comune. Anzi, rispettarne lo spessore significa arricchire enormemente il campo delle sue possibilità: io stesso che da molti anni ho cercato di ragionare sul problema, ho scelto di accostarmi alla mediazione attraverso gli strati di senso che la “parola” condensa. E gli

strati di senso sono davvero tanti e profondi e poi si sa che le parole non sono per caso: così ho potuto rielaborare la dimensione spazio-temporale della mediazione come processo comunicativo assieme alla sua forma ermeneutica, accanto alla sua fenomenologia geo-politica. E il lavoro di F. Spengler ha fatto un uso molto attento di tali ricostruzioni.

Ma la dimensione teorica del “ri-medio”, che deve molto alla sapienza ippocratica (oggi diremmo “immunitaria”), rimane vuota se lo sguardo non si affina sull’idea di conflitto che l’accompagna. E anche qui la profondità teorica è una sonda potente capace di scavare nei tanti linguaggi che intorno ad essi si sono sedimentati, prima ancora che nascesse un “sapere” sul conflitto. Questo è il secondo motivo di interesse del saggio di F. Spengler. La ragione sta nel fatto che il sapere collettivo sul rimedio del conflitto, con un’operazione che sa di *entparadoxierung* (deparadossizzazione), si è andata depositando nella forma “monopolistica” del diritto e del suo giudice: come se il destino del conflitto fosse esclusivamente, universalmente e per sempre il diritto. Questo significa far torto al diritto, che diventa competente su tutto e, per questo, sfiora l’inanità; mia preoccupazione, nell’ottica di un diritto fraterno, è quella di sottrarre alla “decisione” aspetti dell’affettività, dell’identità che invece devono trovare spazio in altri luoghi e altre dimensioni della sfera pubblica. Per questo il libro di F. Spengler affronta con puntualità la “frase affetto” che attraversa i conflitti familiari e identitari connessi alla presenza di coniugi, bambini che sono “soggetti” in carne ed ossa prima di essere soggetti giuridici.

Vi è infine un terzo motivo di interesse nel saggio che presentiamo. Questo attiene molto di più ai vissuti personali, alle biografie: questo libro rappresenta un altro dei risultati concreti di uno scambio culturale, che io ritengo fervido, fra la cultura brasiliane effervescente, ricca, attenta, e alcuni luoghi della vecchia Europa, come le università romane. Basta per tutti l’esperienza centrale di Sandra Martini Vial ed Eros Grau. Lo scambio culturale che si è realizzato in questi anni è stato sempre positivo per il confronto franco e attento che si è instaurato,

proprio grazie alle diverse identità che sono entrate in contatto. Il libro di cui parliamo è un esempio eccellente: i mediatori morali sono stati un veicolo discreto e intelligente.

Roma, Gennaio 2009.

*Eligio Resta*