

DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL Y EL ARTÍCULO 236 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL BRASILEÑA

Por **Caio Márcio de Brito**

Resumen

El artículo presenta modestos argumentos jurídicos para futura reforma constitucional y, por sugestión, manteniendo tan solamente el ingreso en la actividad notarial y extrajudicial por concurso público, cambiándolo para ingreso en cargo o empleo público, o manteniéndolo a través de delegación, pero, así haciéndolo en los términos de la descentralización administrativa ya reglamentada por ley.

Palabras-clave: actividad notarial, actividad extrajudicial

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de derecho notarial y registral. 1. Función notarial y de registro. III. Conclusión. IV. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del artículo es analizar el Derecho Notarial y Registral brasileño, teniendo como foco el instituto de la Delegación de los Servicios Notariales y Registrales, bien como su investidura a través de Concurso Público.

Hace mucho en Brasil profesionales del derecho estudian la naturaleza jurídica de los servicios notariales y registrales, además, obviamente, la naturaleza de la prestación de esos servicios — diversas entre si, estudios esos, en su mayoría, sin divergencias, estando, inclusive, pacificados por la jurisprudencia del STF — Supremo Tribunal Federal — período pos Constitución Federal de 1988.

Lo mismo ocurre con la posición jurídica del Notario y del Registrador y con la naturaleza jurídica de la Delegación de esos servicios, cuestiones esas que se encuentran, de la misma forma, pacificadas por la mayoritaria doctrina brasileña, en que pese algunas voces disonantes.

Todavía, el estudio no se hace en la divergencia de esos entendimientos, ya que, como dicho antes, se encuentra superado. La investigación estará fundamentada en las inconsistencias del sistema, analizadas en el contexto administrativo y

constitucional de la delegación administrativa y del concurso público, observados siempre dentro de la unicidad a ellos exigida, teniendo en vista, por consecuencia, la coherencia lógica para preservación de todo el sistema jurídico, inclusive con críticas a la actitud del legislador constituyente sobre la manera de como trató la materia, estableciendo, al final, sugerencias para eventuales reformas.

Nuevos paradigmas que serán observados para una mejor adecuación de la materia y consecuentemente, para que en los años que vengan pueda existir una mejor prestación de esos servicios, con plena satisfacción para el Estado y, sobre todo, para la sociedad que de ellos dependen.

II. CONCEPTO DE DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

Una de las tareas más difíciles en el ámbito del derecho es definir conceptos en relación a aquello que se pretende pesquisar. Conceptuar es definir las circunstancias externas e internas que determinado instituto es regulado por el derecho, como si fuese un cilindro, definiéndose, por ejemplo, el líquido que lo llene en su parte interna y el vidrio que lo abriga en su parte externa.

Dejando la metáfora o las comparaciones para otro momento, se puede decir que el Derecho Notarial es el conjunto sistemático de normas que establecen el régimen jurídico del notariado (Larraud, 1996, p.83). Para el argentino Néri (1980), el derecho notarial puede definirse como el conjunto de normas positivas y genéricas que gobiernan y disciplinan las declaraciones humanas formuladas bajo el signo de la autenticidad pública (p. 332). Brandelli (2009) lo define como el "aglomerado de normas jurídicas destinado a regular la función notarial y el notariado (p. 79).

El Derecho Registral Inmobiliario, a su vez, se define, en las lecciones de Diniz (2003) como un complejo de normas jurídico-positivas y de principios relativos al registro de inmuebles que regula la organización y el funcionamiento de las vías de servicio inmobiliarias (p. 13).

Como definición legal, prevista en el artículo 1º de la Ley 8.935/94 - LNR (Ley de los Notarios y de los Registradores), *los servicios notariales y de registro son los de organización técnica y administrativa destinados a garantizar la publicidad, autenticidad, seguridad y eficiencia de los actos jurídicos.*

1. FUNCIÓN NOTARIAL Y DE REGISTRO

La función notarial, a su vez, es —la actividad de agente público, autorizado

por ley, de redactar, formalizar y autenticar, como fe pública, instrumentos que consubstancian actos jurídicos extrajudiciales del interés de los solicitantes (Ceneviva, 2006, p.22). Se dedica, como regla, al asentamiento de títulos de interés privado o público, para garantizar oposición a todos los terceros, con la publicidad que les es inherente, garantizando, por definición legal, la seguridad, la autenticidad y la eficiencia de los actos de la vida civil a que se refieran.

El I Congreso Internacional del Notariado Latino, realizado en Buenos Aires, en 02/10/48, el cual está prevaleciendo hasta los días de hoy, definió que —el Notario es el profesional del Derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal al deseo de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos. (Cunha, 1949, p.644).

Antunes (2005) destaca que la actividad notarial presenta su carácter jurídico, cuando el Notario orienta las partes y concretiza su voluntad en la formulación de instrumento jurídico adecuado a la situación jurídica presentada. A través de la orientación anticipada, se nota el carácter cautelar de la actividad.

Se definió, por lo tanto, lo que es y cómo se operacionaliza el derecho registral y notarial. Lo que es dentro de los conceptos genéricos mencionados arriba; y su operacionalización como ejercicio de sus funciones. Nada hay de complejo en el análisis de esos temas, al menos que nos interese para fines de pesquisa, ya el cerne del problema se reviste exactamente en la forma como el ejercicio de ese derecho es trasladado a aquellos que lo ejecutan.

Con la lectura de los antecedentes históricos, fue posible entender como la función notarial y registral tuvo inicio en Brasil, pudiéndose concluir en la actualidad la manutención de su concepto en el ámbito del derecho. El mismo se puede decir en relación al ejercicio de esa función, ya que hacen parte de un mismo objeto como puesto arriba, donde, mismo que analizado en forma de metáfora como ya dicho, hacen parte de un mismo cilindro.

Veamos, adelante, en nivel constitucional, como se materializó los servicios notariales y registrales en la Constitución Federal de 1988, establecidos en dos sistemas, vale decir, el del período colonial, cuando implantados por las Ordenaciones del Reino, por lo tanto, anterior a la Constitución Federal de 1988, conocido por sistema patrimonial, y el actual, de provisión por delegación en concurso público de pruebas y títulos.

De acuerdo con Angieuski (2005), el nuevo sistema tiene status constitucional, con previsión expresa en el artículo 236 de la Constitución Federal. Aunque ya vigente por más de 35 años, la implantación del sistema viene siendo gradual. Solo recientemente viene ganando mayor celeridad. Da Costa (2003) diserta que la Constitución de 1988, por su art. 236 y párrafos, bien como por la excepción dispuesta en el art. 32 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, hace hincapié, con aires desburocratizantes, el carácter eminentemente privado en que deben desarrollarse los servicios notariales y de registro. Para él, la previsión constitucional revela e induce gran repercusión al sacar las instituciones notarial y registral del oscurantismo que las involucraba, haciéndolas más conocidas y dando noticia de su importancia social y jurídica.

Con entendimiento opuesto, Soares (2002), al comentar el mismo dispositivo constitucional, asevera que, *in verbis*: —**El art. 236 representó un retroceso elitista, fuente de odiosos privilegios, oportunidades a concesión de verdaderas donatarias feudales, típicas de la época colonial, y los intereses colectivos en segundo plan, en la esfera de la administración de justicia, o sea, la privatización de los servicios notariales.** (pp. 36-38) (resaltos inexistentes en el original).

Mismo habiendo sido la disposición constitucional reguladora de las actividades notariales y de registro (art. 236 de la Constitución de 1988) insertadas, topográficamente, en localidades diversas de las secciones referentes a la organización del Poder Judicial (arts. 92 a 126), sobró superado el entendimiento de que tales actividades constituyeron meros servicios auxiliares subordinados, jerárquicamente, a las autoridades judiciales. Los servicios notariales y de registros no compone la estructura orgánica del Poder Judicial y sus titulares (notarios y registradores) disfrutaban de independencia en el rendimiento de sus atribuciones. (Da Costa, 2003).

El autor todavía resalta que el primer alerta de esa clara separación entre Poder Judicial y — servicios notariales y de registro apareció con la publicación, en el Boletín de Justicia del 14 de julio de 1986, de las sugerencias despachadas por el Supremo Tribunal Federal a la presidencia de la Comisión Provisoria de Estudios Constitucionales, sobre el tratamiento constitucional del Poder Judicial a ser dado por la Asamblea Nacional Constituyente que sería instalada. En aquella oportunidad, el Ministro José Carlos Moreira Alves, entonces presidente del STF, encaminó al Profesor Afonso Arinos de Melo Franco, presidente de la referida comisión provisoria, la Exposición de Motivos y las innovaciones sugeridas por la Corte, expresando que, *in*

verbis:

Entendió el Tribunal de quedar apenas en el estricto ámbito del Poder Judicial, dados los términos en que fueron solicitadas las sugerencias. Dejó, por eso mismo, de hacerlas con relación a las instituciones vinculadas al Poder Ejecutivo, aunque con prestación de servicios junto al Poder Judicial, como, por ejemplo, el Ministerio Público, la Asistencia Judicial [...] Y mismo con referencia a vías de servicio extrajudiciales.

Es destacado también las palabras de Erpen (1999), de que las sugerencias del STF destacan que los juristas, cuando enfrentaron el tema en la fase pre-constituyente, ya preveían que los servicios notariales y de registro no integraban el Poder Judicial, como, de sobra, no sugirieron el desplazamiento para otro Poder. Tan poco insertaron tal actividad como servicio autónomo o auxiliar junto al Judicial. Concluye el jurista gauchó que la solicitud de tal actividad al Poder Judicial, sin el desplazamiento para otro poder, da la clara idea de que pasaron los servicios notariales y registrales a ser tratados como **Instituciones de la Comunidad**, y no más como órganos del Poder, en cualquier de sus modalidades. La omisión, púes, de su existencia, en cualquier órgano de la Administración Pública, no constituye desaviso del Constituyente; pero, antes, consciente y oportuno posicionamiento científico, consagrando a autonomía de la actividad.

Específicamente en lo que se refiere a los servicios notariales y registrales, la Constitución de la República de 1988 trajo disposición específica, con la siguiente redacción:

Art. 236. Los servicios notariales y de registro son ejercidos en carácter privado, por delegación del Poder Público.

§ 1º - Ley regulará las actividades, disciplinará la responsabilidad civil y criminal de los notarios, de los oficiales de registro y de sus prepuestos, y definirá la fiscalización de sus actos por el Poder Judicial.

§ 2º - Ley federal establecerá normas generales para fijación de emolumentos relativos a los actos practicados por los servicios notariales y de registro.

§ 3º - El ingreso en la actividad notarial y de registro depende de concurso público de pruebas y títulos, no permitiéndose que cualquier vía de servicio quede libre, sin apertura de concurso de provisión o de remoción, por más

de seis meses.

Se libera de ese artículo constitucional que el servicio notarial y de registro, en los decires de Ives Gandra Martins (1985), se marca al régimen jurídico de derecho público, aunque ejercido en carácter privado. Es también la visión de Walter Ceneviva (2006) en su obra *Leyes de los Notarios y de los Registradores Comentada* que destaca:

aunque el notario y el registrador sean agentes públicos, su ejercicio profesional tiene carácter privado, o sea, le cabe soportar los encargos económicos de su actividad en razón de sus proveedores, empleados, prestadores de servicios, de acuerdo con anotación hecha al art. 1º de la ley 8.935/94 (pp. 20-23).

Regulando la Constitución, surgió la Ley nº 8.935/94, trayendo diversos perfeccionamientos al sistema. Prevé, por ejemplo, que la delegación sea realizada por concurso público de pruebas y títulos, y que los profesionales, para habilitarse en concurso, sean licenciados en derecho, de acuerdo con disposición anterior. Cuidó, también, todavía a título de ejemplo, de la equiparación de los agentes delegados a servidores públicos, previendo inclusive responsabilidad civil, criminal y administrativa de esos agentes, entre otras características.

Hoy, en el derecho brasileño, notario y registrador no ejercen cargo público, pero son agentes públicos. Actúan como representantes de la autoridad pública, ellos mismos provistos de autoridad, considerándose que el Poder les delega funciones, subordinados subsidiariamente, en ciertos casos, las reglas cogidas en el régimen único previsto en la Constitución, sin jamás llegar, además, a la condición de servidores públicos, como observa Ceneviva (2006).

El reclamado es ratificado por el juicio decidido por el relator Min. Carlos Brito (2005), del STF, en Acción Directa de Inconstitucionalidad, *in verbis*: STF. ADI 3151/MT – MATO GROSSO

ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD. RELATOR

Min. CARLOS BRITO

Juzgado en 08/06/2005 - Tribunal Pleno

ENMIENDA: ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD. LEY Nº 8.033/2003, DEL ESTADO DE MATO GROSSO, QUE INSTITUYÓ EL SELLO DE CONTROL DE LOS ACTOS DE LOS SERVICIOS NOTARIALES Y DE REGISTRO, PARA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE LAS ACTIVIDADES DE LOS NOTÁRIOS Y DE LOS REGISTRADORES, BIEN COMO PARA OBTENCIÓN DE MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA CUANTO A LA AUTENTICIDAD DE LOS RESPECTIVOS ACTOS.

[...]

II - Régimen jurídico de los servicios notariales y de registro:

a) **se trata de actividades jurídicas propias del Estado, y no simplemente de actividades materiales, cuya prestación es trasladada para los particulares mediante delegación.** Traslada, no por conducto de los mecanismos de concesión o de la permisión, normados por el *caput* del art. 175 de la Constitución como instrumentos contractuales de privatización del ejercicio de esa **actividad material (no jurídica)** en que se constituyen los servicios públicos; b) la delegación que les timbra la funcionalidad no se traduce, por ninguna forma, en cláusulas contractuales; c) su delegación solamente puede recaer sobre persona natural, y no sobre una empresa o persona mercantil, **visto que de empresa o persona mercantil es que versa la Magna Carta Federal en tema de concesión o permisión de servicio público;** d) para tornarse delegataria del Poder Público, **tal persona natural ha de ganar habilitación en concurso público de pruebas y títulos, no por adjudicación en proceso licitatorio, reglado por la Constitución como antecedente necesario del contrato de concesión o de permisión para el rendimiento de servicio público;** e) son actividades estatales cuyo ejercicio privado que está bajo la exclusiva fiscalización del Poder Judicial, y no bajo órgano o entidad del Poder Ejecutivo, sabido que por órgano o entidad del Poder Ejecutivo es que se da a la inmediata fiscalización de las empresas concesionarias o permisionarias de servicios públicos. Por órganos del Poder Judiciales que se marca la presencia del Estado para conferir certeza y liquidez jurídica a las relaciones *inter-partes*, con esta

conocida diferencia: o modo usual de actuación del Poder Judicial se da bajo el signo del contencioso, en cuanto el invariable modo de actuación de las vías de servicio extra-forenses no adentra esa delicada esfera de los litigios entre sujetos de derecho [...] (resaltos agregados).

Sobre la delegación en la Constitución, cabe culminar que el origen del término delegación lo vincula a la persona que se sustituye por otra. Y sus derivados (delegado, delegación), ni siempre corresponden al significado gramatical o etimológico, como se ilustra con delegación de policía o delegado de enseñanza aunque diferenciados por la función a ellos atribuidas por ley.

La delegación prevista en el art. 236 es administrativa, dispuesta por el Poder Ejecutivo a prestadores de servicio público. Ceneviva (2006) culmina que para el derecho administrativo, acto de delegar consiste en atribuir actividad propia de la administración a un ser privado (persona natural o jurídica) o pública.

El Estado tiene la facultad de realizar registros públicos (como lo hace en el registro de comercio).

La Constitución atribuye mencionada facultad, en casos determinados, a agentes privados, de acuerdo con previsión del ya citado art. 236. Esa delegación consiste en **acto complejo de la administración**, comprende desde el concurso público hasta lo concedido, en cuanto medio creado por el derecho para permitir la actuación del interés público por medio de prestador de servicio de carácter privado, habilitado para la práctica de actos, cuya competencia es atribuida por ley.

III. CONCLUSIÓN

Después de esa fundamentación, se espera haber alcanzado el objetivo sobre lo propuesto inicialmente, cual sea, despertar en el lector la sensibilidad en percibir que el sistema constitucional de las vías de servicio extrajudiciales necesita urgentemente de reformas, todo en favor de la sociedad brasileña. Aún que sea considerado legal y legítimo, cabrá al legislador constitucional derivado la implementación de nuevas reglas, hábiles para el mejor desarrollo del sistema.

El derecho brasileño asume función primordial en la vida de la población, persistiendo aún la indagación si el hecho social produce el derecho o si el derecho produce el hecho social. En el ámbito de las vías de servicios extrajudiciales, la segunda asertiva prevalece, o sea, cabrá al legislador la alteración de las normas

constitucionales, con el perfeccionamiento del sistema, lo que inevitablemente alcanzará la población con mejoras, sobre todo en el ámbito de la publicidad, autenticidad, seguridad y eficacia de los actos jurídicos.

La propuesta no fue la de enmarcar ideas abstractas, las cuales nunca podrían ser concretizadas. De manera alguna. La intención fue la de contribuir en la medida en que las inconsistencias del sistema pudiesen ser observadas con los reflejos a ella pertinentes, sobre todo en relación a la inadecuación administrativa en delegar servicio público a particular a través del concurso público. De la misma forma, el inconveniente de tener en el Poder Judicial, órgano judicial por esencia, dos funciones, veces pasándose como órgano represor, aún que por ley esté establecido como órgano orientador y posteriormente ejerciendo su función principal de órgano juzgador.

También, fue cuestionado si el legislador constitucional tendría creado una nueva especie de delegación o si la delegación prevista en el artículo 236, —*caput* estaría referente a una subespecie de delegación administrativa, ya consolidada en el ámbito del derecho administrativo.

Puesto eso, se concluye que el artículo no tuvo la pretensión de encerrar el asunto, siendo su propósito principal el de demostrar los problemas existentes en el sistema de las vías de servicio extrajudiciales en el orden jurídica. A fin de cuentas, —cuando una sociedad está organizada de tal modo que solo promueve el bien de una parte de sus integrantes, es señal de que ella está mal organizada y lejos de los objetivos que justifican su existencia (Dallari, 2013, p.35).

IV. REFERENCIAS

Angieuski, P.N. (s/d). *Serviços notariais e registrais na Constituição Federal*.

Uberaba, MG, n. 121. <<http://www.boletimjuridico.com.br>>.

Antunes, L.R. *Introdução ao direito notarial e registral*. Jus Navigandi, [ano 9, n.

691].< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6765>>.

Brandelli, L. (2009). *Teoria geral do direito notarial*. [3a ed.]. Saraiva.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. de*

1988.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/emc01-69.htm>.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm.

- _____ *Constituição Política do Império do Brazil de 25 de Março de 1824*. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por sua Majestade o Imperador.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.
- _____ *Lei 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm.
- _____ *Lei 9.429 de 10 de setembro de 1997*. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm.
- _____ *Lei 8.935 de 18 de novembro de 1994*. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios).
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm.
- _____ *Lei 601 de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm.
- _____ *Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. .
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm.
- _____ *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.
- Ceneviva, W. (2006) .*Lei dos notários e dos registradores comentada*. [5a. ed.]. Saraiva.
- Cunha, G. (1939). *Tratado de direito civil*. Coimbra Ed.
- Da Costa, B.H. (2003). *A responsabilidade civil do estado decorrente de atos notariais e de registro*. [Dissertação de Mestrado] — Universidade de Brasília.
- Dallari, D.A. (2013). *Elementos de Teoria Geral do Estado*. [32a ed.]. Saraiva.
- Diniz, M.H.(2003). *Sistemas de registros de imóveis*. [4. ed.]. Saraiva.
- Erpen, D.A.(1999). *A responsabilidade civil, penal e administrativa dos notários e registradores*. Boletim do Colégio Notarial do Brasil — Seção Rio Grande do Sul, n. 1.
- Larraud, R. (1996). *Curso de derecho notarial*. Depalma.

Martins, I.G.S.(1985). *Taxa e preço público*. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária, Ed. Resenha Tributária.

Neri, A.I. (1980). *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. [v.1]. Depalma.

Soares, O. (2002). *Comentário à Constituição da República Federativa do Brasil*. [11a. ed. rev.e atual.]. Forense.