

Direito Real de Habitação Periódica e Defesa do Consumidor

Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa
Pós-graduação em Direito do Consumo
Módulo: Time-sharing
2001

1. Apresentação

Uma das incumbências prioritárias do Estado é, nos termos do artº81º/h) CRP, a garantia e defesa dos interesses e direitos dos consumidores. Por outro lado, o artº60º CRP consagra, enquanto direitos fundamentais, o direito dos consumidores “à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde e segurança, e dos seus interesses económicos, bem como à reparação dos danos.” Trata-se da consagração de direitos económicos e sociais que têm como titular passivo o Estado. Este fica, em virtude do preceito constitucional, vinculado a intervir nas relações entre particulares, de modo a garantir a efectivação desses direitos. Caso não o faça, através de legislação adequada, incorre num vício de inconstitucionalidade por omissão.

É como consequência deste imperativo legiferante que se assiste ao aparecimento de inúmera legislação que tem como escopo, principal ou subsidiário, a protecção do consumidor. A protecção deste pode, portanto, surgir como a finalidade principal ou subsidiária de um dado diploma. Por outro lado, podemos ainda classificar a tutela dispensada ao consumidor como uma tutela horizontal, isto é, uma tutela que atravessa diversos sectores de actividade, ou como uma tutela sectorial, restrita de um determinado sector de actividade. É esta última que se pode encontrar ao nível do diploma que entre nós institui e fixa o regime do direito real de habitação periódica (DL nº10/99, de 22 Maio). São diversas as normas que podemos encontrar naquele DL que visam a protecção do adquirente/investidor do direito real de habitação periódica contra os abusos das empresas exploradoras dos empreendimentos turísticos, normas essas que nos propomos analisar ao longo deste estudo, procurando reflectir igualmente se a tutela do consumidor se traduz na principal finalidade do diploma ou se, pelo contrário, ela só surge incidentalmente. O cabal esclarecimento destas duas ideias só se logrará, porém, obter depois de analisarmos o que é o direito real de habitação periódica, como se constitui e qual é o seu regime.

Eis, portanto, o nosso plano de trabalho.

2. Noção de direito real de habitação periódica

O direito real de habitação periódica é o direito que confere ao seu titular a faculdade de todos os anos, durante um certo período de tempo, variável entre um

mínimo de sete dias seguidos e um máximo de trinta dias seguidos, nos termos do artº3º/2 DL nº275/93, de 5/8, alterado pelo DL nº180/99, de 22/5, habitar/usar uma fracção autónoma de um prédio. O direito incide sobre unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos, nos termos do artº1º daquele DL, sendo um direito perpétuo, nos termos do artº3º/1 DL nº180/99, de 22/5, embora lhe possa ser fixado um limite de duração. Do carácter perpétuo do direito resulta uma nota no sentido da sua natureza real, já que, via de regra, não se podem constituir relações jurídicas obrigacionais perpétuas, dado que isso se traduziria numa inadmissível limitação da liberdade dos contraentes. Causará, deste modo, estranheza o disposto no artº47º/1 daquele diploma que, referindo-se aos direitos de habitação turística que não sejam direitos reais, consagra que tais direitos, na falta de indicação em contrário, e quando sejam constituídos pelo proprietário do empreendimento turístico, são perpétuos. A intenção do legislador foi, evitando fraudes à lei, prever a constituição de direitos obrigacionais com um conteúdo idêntico ao direito real de habitação periódica, para fazer face às situações em que, com o objectivo de se furtar aos encargos que implica a exploração de um empreendimento turístico de acordo com o regime jurídico daquele direito real, se celebra um contrato obrigacional, evidenciando-se aqui uma clara intenção de tutela do investidor/consumidor.

O direito em análise apresenta inúmeras semelhanças com a propriedade horizontal, desde logo porque ambos incidem sobre fracções autónomas de edifícios. No entanto, eles não se confundem. Enquanto que aquele que adquire um imóvel submetido ao regime da propriedade horizontal se torna proprietário pleno da fracção autónoma (e comproprietário das partes comuns do edifício), ao nível do direito real de habitação periódica vende-se uma fracção de tempo, o que permite que sobre a mesma fracção autónoma se constituam cinquenta e dois direitos, sendo o adquirente de cada um deles titular de um direito real limitado que incide sobre coisa alheia. O proprietário do empreendimento turístico não pode é, nos termos do artº2º/1 DL nº180/88, de 22/5, constituir sobre aquelas unidades de alojamento, sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica, outros direitos reais, sem prejuízo de a constituição daqueles direitos ser precedida da submissão do edifício ao regime da propriedade horizontal, conforme esclarece o nº2 daquele artigo. Com isto evitam-se conflitos. Relativamente a uma mesma unidade de alojamento evita-se que, para além da aplicação do regime jurídico do direito real de habitação periódica e da propriedade horizontal, se tenham de conjugar os regimes jurídicos de outros direitos reais. Esta é também a ratio do

artº4º/1/e) do DL nº180/99, de 22/5, ao impedir que aqueles dois regimes se tenham de harmonizar com o regime da compropriedade.

3. Constituição do direito real de habitação periódica

Propriedade horizontal e direito real de habitação periódica são duas realidades jurídicas distintas, mas que apresentam uma analogia incontestável entre elas. Um dos pontos de maior aproximação entre estes dois regimes jurídicos prende-se com o respectivo processo de constituição. Por isso, para melhor compreendermos como se constitui o direito real de habitação periódica, começaremos por analisar o processo constitutivo da propriedade horizontal.

3.1.O processo de constituição da propriedade horizontal

Desde logo, urge salientar que, nos termos do artº1415º CC, a propriedade horizontal só pode constituir-se se as fracções autónomas, além de independentes, forem distintas e isoladas entre si, com saída para a via pública ou para uma parte comum do edifício. Esta exigência é reiterada no artº4º/1/a) DL nº180/99, de 22/5, relativamente às unidades de alojamento sobre as quais se pretendem constituir um qualquer direito real de habitação periódica, sendo evidente o paralelo entre as duas figuras de natureza real. O título constitutivo da propriedade horizontal que não respeite estes requisitos deve ser considerado nulo, nos termos do artº1416º CC, ficando o prédio em questão submetido ao regime da compropriedade.

Este título constitutivo de que falamos traduz-se num negócio jurídico unilateral, constante de escritura pública, em cuja outorga apenas intervém o proprietário pleno do prédio, e cujo conteúdo se encontra previsto no artº1418º CC. Só depois da outorga da referida escritura pública de constituição da propriedade horizontal, o proprietário do edifício estará em condições de alienar as diversas fracções autónomas. De facto, nos termos do artº62º/1 C. Notariado, nenhum instrumento pelo qual se transmita uma fracção autónoma de um edifício é válido ou sequer pode ser lavrado sem que se exhiba documento comprovativo da inscrição do respectivo título constitutivo da propriedade horizontal no registo predial. Daqui podemos retirar duas conclusões cuja importância não nos parece despicienda. Em primeiro lugar, resulta daquele preceito normativo (bem como do artº2º/1/b) C. Registo Predial) que o acto de constituição da propriedade

horizontal tem que ser obrigatoriamente inscrito no registo predial, dando-se assim publicidade ao acto. Por outro lado, e não menos importante, resulta claramente daquele artigo que o acto de constituição da propriedade horizontal não é a primeira venda de uma fracção autónoma, mas o negócio jurídico unilateral que necessariamente lhe terá de anteceder. É a partir desse momento (da outorga da escritura pública do negócio jurídico unilateral de constituição da propriedade horizontal) que se opera a divisão do imóvel em diversas fracções, com todas as consequências de relevo que daí possam advir. Assim, se durante um processo executivo se pretender executar o património do proprietário do edifício já submetido ao regime da propriedade horizontal, poderá nomear-se à penhora apenas uma das fracções autónomas, desde que tal seja suficiente para satisfação do crédito do exequente. O que não implica que não se reconheça qualquer relevo jurídico à venda da primeira fracção autónoma. Pelo contrário, a celebração de tal contrato deve ser vista como uma condição legal de plena eficácia da propriedade horizontal.

3.2.O processo de constituição do direito real de habitação periódica

Foi com base no processo constitutivo da propriedade horizontal que o nosso legislador forjou o modo de constituição do direito real de habitação periódica, embora neste último caso se denote um maior controle por parte da Administração Pública, maior controle esse que se infere, desde logo, do maior número de condições impostas para a exploração de um empreendimento no regime da habitação periódica, nos termos do artº4º DL nº180/99, de 22/5. Por outro lado, nos termos do artº5º/1 do mesmo diploma, é necessária a autorização da Direcção Geral de Turismo para se proceder à exploração de um qualquer empreendimento de acordo com o regime jurídico em análise, devendo o pedido de autorização de exploração ser instruído com os elementos constantes do nº2 do citado artº5º. Autorizada a constituição do direito real de habitação periódica, a Direcção Geral de Turismo emite uma certidão, da qual devem constar os já referidos elementos do artº5º/2, que servirá de base á outorga da escritura pública de constituição do direito, nos termos do artº6º/ e 2 DL nº180/99, de 22/5.

Concluimos, portanto, que à semelhança do que podemos constatar para a propriedade horizontal, também, o direito real de habitação periódica se constitui com base num negócio jurídico unilateral, o qual tem de preceder necessariamente a

primeira venda de uma fracção de tempo, devendo aquele título constitutivo ser inscrito no registo predial, nos termos do artº8º do mesmo diploma e dos artº81º, 83º e 95º C. Reg. Pred.

Feito o registo, é emitido o certificado predial, termos do artº10º/1 DL nº180/99, de 22/5. É com base neste certificado nos e através de uma declaração das partes nele inserido que se aliena ou onera os diversos direitos reais de habitação periódica, de acordo com o preceituado no artº10º e 12º daquele diploma. Também a transmissão por morte carece de ser inscrita no certificado predial. Com esta forma negocial permite-se a desejável circulabilidade do direito real de habitação periódica, até porque este é igualmente o meio pelo qual o investidor pode, mais tarde, alienar o direito que adquiriu, não havendo, como refere Henrique Mesquita¹, “qualquer possibilidade de os terceiros virem a ser lesados pela simplificação da forma a que deve obedecer a alienação ou oneração do direito, uma vez que continuam a beneficiar da protecção resultante do registo predial”. Deste certificado predial devem constar, numa clara intenção de protecção do investidor, as menções a que se refere o artº11º DL nº180/99, de 22/5. Como salienta Henrique Mesquita², “este [o investidor] nem sempre tem a possibilidade de consultar o registo predial, sendo de toda a conveniência, por isso, que a caderneta lhe dê conhecimento do conteúdo essencial da posição jurídica que pretende adquirir”. Note-se, ainda, que tanto os primeiros actos de alienação ou oneração de cada um dos direitos reais de habitação periódica como os actos subsequentes devem mencionar a existência de um documento complementar, do qual constem as menções do artº11º/2 DL nº180/99, de 22/5, nos termos deste mesmo artigo e do artº13º, dando-se cumprimento a um dever de informação do investidor/consumidor previsto no artº9º do referido diploma. Este é, sem dúvida, um dos pontos em que, de forma evidente, o regime do direito real de habitação periódica toca a protecção do consumidor. Por isso, e dada a sua importância no âmbito do estudo que nos propusemos empreender, abordaremos este aspecto mais à frente e autonomamente. Por agora voltamos à análise do processo de constituição do direito real de habitação periódica.

Vimos que a submissão de um empreendimento turístico ao regime do direito real de habitação periódica se processa mediante um negócio jurídico unilateral,

¹ HENRIQUE MESQUITA, *Uma nova figura real: O direito de habitação periódica*, in RDE, 1982

² HENRIQUE MESQUITA, ob. cit

constituindo a venda da primeira fracção de tempo uma condição de plena eficácia do direito. A aquisição de um direito real de habitação periódica pode, portanto, dar-se por mero efeito de um contrato, nos termos do artº408º CC, podendo ocorrer, igualmente, por via hereditária. A questão que agora formulamos prende-se com a susceptibilidade de tal direito ser adquirido por usucapião. Sendo o direito, como o próprio nome por que é designado indica, um direito real, e portanto passível de posse, nos termos do artº1251º CC, parece não haver nenhum impedimento à aquisição do direito por usucapião, nos termos do artº1287º CC. Contudo, o problema torna-se mais complexo se pensarmos que, pela própria estrutura do direito, a posse que lhe corresponde não é permanente, exigindo o citado artº1287º CC como requisitos para a prescrição aquisitiva de um direito real a estabilidade e permanência da posse correspondente. É, no entanto, nesta mesma complexidade que vamos encontrar a resposta para o nosso problema. Se o direito, pela sua própria natureza, só se pode exercer durante certos lapsos de tempo, parece que a posse não permanente, que lhe corresponde, deve ser a suficiente para permitir que o possuidor possa adquirir por usucapião.

Ainda a propósito dos negócios de alienação de direitos reais de habitação periódica importa referir, como salienta Henrique Mesquita³, “que a venda ou dação em cumprimento de um direito real de habitação periódica não confere qualquer preferência aos titulares dos demais direitos de habitação sobre o mesmo prédio ou apartamento, porque os direitos de preferência só existem quando a lei os atribui ou quando os interessados os criam por via negocial. Nem pode pensar-se em aplicar aqui a disposição do artº1409º CC, porque o direito de habitação periódica é um direito real autónomo e não um direito de compropriedade ou comunhão”. Contorna-se, deste modo, um dos problemas a que o direito real de habitação periódica vem dar resposta. Criando-se situações de compropriedade para resolver o problema do acesso à habitação para férias, sempre que um dos comproprietários pretendesse vender a sua quota teria de notificar os outros comproprietários (em regra onze, porque as empresas de construção vendiam, geralmente, um doze avos de um apartamento) da sua intenção de venda e das condições desta, situação complexa, sobretudo se pensarmos que esses comproprietários podem ser cidadãos residentes em países diversos, não sendo fácil o seu contacto.

³ HENRIQUE MESQUITA, ob. cit.

4.O regime jurídico do direito real de habitação periódica.

4.1.Faculdades do titular do direito

Sendo um direito real, o regime jurídico do direito de habitação periódica deve resultar integralmente da lei e, nos casos por ela não regulados, do título constitutivo elaborado pelo proprietário do imóvel. Por isso, o artº21º DL nº180/99, de 22/5, elenca as faculdades de que dispõe o titular do direito real de habitação periódica. Este pode habitar a unidade de alojamento pelo período a que respeita o seu direito; pode usar as instalações e equipamentos de uso comum do empreendimento; pode exigir, em casos de impossibilidade de utilização da unidade de alojamento sobre que incide o seu direito, motivados por situações de força maior ou caso fortuito, que o proprietário do alojamento lhe faculte alojamento alternativo num empreendimento igualmente sujeito ao regime da habitação periódica, de categoria idêntica ou superior, evidenciando-se aqui uma nítida intenção de protecção do investidor; pode ceder o exercício destas faculdades a um terceiro.

4.2. Obrigações do titular do direito de habitação periódica

O titular do direito real de habitação periódica tem obrigação de pagar uma prestação anual ao proprietário das unidades de alojamento, nos termos do estipulado no artº22º DL nº180/99, de 22/5, funcionando tal prestação como o correspectivo dos encargos de gestão e como compensação do proprietário do empreendimento turístico pelas despesas a que o mesmo está sujeito. A obrigação faz parte do estatuto do direito real de habitação periódica, revestindo a natureza de uma verdadeira obrigação real, pelo que tem eficácia *erga omnes*, impondo-se a todo o titular do direito, independentemente de um qualquer acto de aceitação. Não obstante, para que não constitua uma surpresa ou violência para o investidor/consumidor, cuja posição fica, desta feita, tutelada, ela deve constar do título constitutivo do direito real de habitação periódica, nos termos dos artº22º/1, 5º/2/r) e 5º/3 DL nº180/99, de 22/5, devendo igualmente figurar no documento informativo entregue antes da celebração do contrato de aquisição do direito, de acordo com o artº9º/2/j) daquele diploma, bem como do certificado predial (artº11/1/a) DL nº180/99, de 22/5). Não pagando o investidor a prestação periódica a que está vinculado, o proprietário do imóvel passa a gozar de um privilégio creditório imobiliário sobre o direito daquele, nos termos do artº23º/1 DL

nº180/99, de 22/5, podendo opor-se, nos termos do nº3 do mesmo preceito, ao exercício do direito de habitação periódica pelo seu titular. Note-se que, neste âmbito, e por força do artº23º/2 DL nº180/99, de 22/5, conjugado com o artº46º/d) CPC, constituem título executivo bastante o contrato, a certidão do registo predial e as actas da Assembleia onde se estipule a obrigação de pagamento da prestação periódica e qual o seu montante.

4.3.Obrigações do proprietário das unidades de alojamento

Sobre o proprietário das unidades de alojamento recai o dever de administrar e conservar essas unidades de alojamento sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica, nos termos do artº25º e seguintes do DL nº180/99, de 22/5, nada impedindo que ele transfira esse dever de gestão da sua esfera de poderes para a de uma empresa especializada, tendo, no entanto, de comunicar a cessão à Direcção Geral de Turismo e aos titulares dos diversos direitos de habitação periódica e continuando responsável, embora a título subsidiário, perante aqueles, cuja posição fica assim correctamente tutelada. Conforme esclarece Henrique Mesquita⁴, “revestindo o direito real de habitação periódica a natureza de um direito real limitado sobre coisa alheia, é inteiramente conforme aos princípios jurídicos a que obedece o estatuto das coisas que a administração do imóvel sobre que aquele direito incide continue a pertencer ao proprietário”.

Se a administração do imóvel deve caber ao proprietário do mesmo, por maioria de razão, a conservação daquele deve ser da sua responsabilidade. Isso mesmo preceitua o artº26º DL nº180/99, de 22/5, estabelecendo o nº2 daquele normativo que o titular do direito real de habitação periódica deve permitir o acesso à respectiva unidade de alojamento para o cumprimento das obrigações enunciadas.

Já no que tange a obras que constituam inovações nas unidades de alojamento, o proprietário das mesmas só pode realizá-las com o consentimento dos titulares dos diferentes direitos reais de habitação periódica, a prestar em Assembleia Geral, nos termos do artº28º DL nº180/99, de 22/5.

É também sobre o proprietário das unidades de alojamento que recaem os encargos com o pagamento das contribuições, taxas e impostos, nos termos do artº29º

⁴ HENRIQUE MESQUITA, ob. cit.

do citado DL, podendo na prática, em virtude da obrigação de pagamento de uma prestação anual que recai sobre os titulares dos direitos reais de habitação periódica, repercutir sobre estes aqueles encargos.

5. Protecção do consumidor

5.1. Dever de informação

Como o próprio preâmbulo do DL n.º275/93, de 5/8, esclarece, “procurou-se proporcionar-lhe [ao adquirente/consumidor] uma informação atempada e pormenorizada sobre o direito real de habitação periódica a adquirir”, habilitando-se, deste modo, o consumidor a uma escolha consciente e prudente e evitando-se que o proprietário do empreendimento turístico se possa aproveitar da ignorância e inferioridade do investidor. Neste sentido, impõe-se, nos termos do art.º9º daquele DL, alterado pelo DL n.º180/99, de 22/5, ao qual temos vindo a fazer referência, um dever de informação em geral, prescrevendo-se que o proprietário do empreendimento turístico ou o vendedor dos direitos reais de habitação periódica tem a obrigação de entregar, gratuitamente, a qualquer pessoa que o solicite, um documento informativo que, de forma clara e precisa, descreva o empreendimento turístico e contenha as indicações previstas no n.º2 daquele artigo. Tais elementos, constantes do documento informativo, fazem parte do conteúdo do contrato, devendo qualquer alteração ser comunicada ao adquirente do direito antes da celebração do contrato. Essas mesmas informações devem constar, igualmente, do documento complementar do certificado predial, nos termos do art.º11º/2/a), com base nos qual se procederá à alienação ou oneração dos diferentes direitos de habitação periódica, sendo obrigatório que esse documento complementar acompanhe toda e qualquer alienação do direito, nos termos do art.º13º/2 DL n.º180/99, de 22/5. A entrega deste documento complementar é, ainda, obrigatória no caso de celebração de um contrato-promessa de transmissão do direito real de habitação periódica, nos termos do art.º18/2 daquele diploma, contratos-promessa estes que devem ser reduzidos a escrito, de acordo com o art.º17º/1, devendo conter os elementos a que faz referência o art.º18º, numa clara intenção de protecção do adquirente do direito.

5.2. Regras em matéria de publicidade

Nos termos do artº43º DL nº180/99, de 22/5, toda a publicidade dos direitos reais de habitação periódica deve conter os elementos das alíneas a), b), d) e h) do artº5º/2 daquele diploma, fazendo tais elementos parte do conteúdo do contrato, nos termos do artº7º/5 Lei nº24/96, de 31/7, para o qual o nº5 do citado artº43º nos remete expressamente. A publicidade dos direitos reais de habitação periódica, quando contenha informações concretas e objectivas, deixa de ser vista como um convite a contratar para passar a configurar uma verdadeira proposta negocial, vinculante e irrevogável, nos termos do artº230º CC.

Esta actividade publicitária não pode ser levada a cabo antes de autorizado o projecto de constituição do direito real de habitação periódica nem fora das instalações do proprietário, cessionário ou mediador do empreendimento turístico.

A publicidade deve indicar a possibilidade de se obter o documento informativo a que fizemos alusão no ponto expositivo precedente e não poderá induzir em erro, designadamente pela utilização de expressões alusivas à propriedade das unidades de alojamento.

5.3.O direito de arrependimento

De acordo com as tendências sentidas noutros sectores (veja-se a propósito o diploma sobre vendas ao domicílio, vendas por correspondência), confere-se, a este nível, ao consumidor um direito de resolução do contrato de aquisição do direito real de habitação periódica, sem necessidade de indicar o motivo e sem encargos, no prazo de dez dias úteis a contar da data em que lhe for entregue o contrato de transmissão do direito real de habitação periódica, nos termos do artº16º DL nº180/99, de 22/5, sendo este prazo de três meses se o contrato não contiver os elementos previstos no artº11º/2 do mesmo diploma, garantindo-se a efectividade do direito à informação do consumidor, conforme preceitua o nº3, 4 e 5 daquele artº16º. Note-se que o direito de resolução assim configurado toca, ainda, o direito à informação noutro ponto. Tanto o documento informativo, previsto no artº9º DL nº180/99, de 22/5, que, de acordo com o artº13º, deve acompanhar a celebração do contrato de alienação do direito real de habitação periódica, como o documento em que se reduza a escrito o contrato-promessa de alienação devem fazer menção àquele direito de resolução, assim como às formas e

prazos para o seu exercício, nos termos do artº11º/2/a) DL nº180/99, de 22/5, conjugado com o artº9º/2/l) e 18º/1/e).

A resolução do contrato efectuada nestes termos, mediante declaração comunicada ao vendedor através de carta registada, importa a resolução do eventual contrato de crédito destinado a cobrir, total ou parcialmente, o preço do bem imóvel, celebrado com o vendedor ou com um terceiro, com base num acordo entre este e o vendedor, de acordo com o artº16º/6 DL nº180/99, de 22/5. Trata-se de uma solução idêntica à consagrada no artº12º DL nº359/91, de 21/9, relativo ao crédito ao consumo, embora neste artigo o que se preveja seja a propagação da ineficácia do contrato de crédito ao contrato de compra/venda, evitando-se que o consumidor seja confrontado com a eventualidade de ter de reembolsar de uma só vez a integralidade do preço estabelecido num contrato de compra/venda. Apesar disso, Paulo Duarte⁵ defende que, operando-se uma extensão teleológica daquele artº12º, se deve entender que com base nele também a ineficácia do contrato de compra/venda se propaga ao contrato de crédito, apresentando para sustentar tal posição diversos argumentos. A saber. O contrato de crédito desempenha uma função acessória em relação ao contrato de compra/venda e, fazendo a lei depender a eficácia do contrato principal da do contrato acessório, não faria sentido que não pusesse a do acessório na dependência do principal. Por outro lado, o legislador pretendeu espelhar no plano jurídico-normativo a unidade económico-funcional que coenvolve aqueles dois negócios, pelo que esta solução é abrangida pela ratio do artº12º, além de que “não se compreenderia que meras diferenças de técnica jurídica conduzissem a uma solução diferente daquela que se preceitua no artº585º CC, para que remete o artº10º”⁶.

Igual direito de arrependimento está previsto em relação aos contratos-promessa de alienação de um direito real de habitação periódica, nos termos do artº19º DL nº180/99, de 22/5, tratando-se, num caso como noutro de direitos irrenunciáveis, conforme preceitua o artº20º deste diploma, sendo nula qualquer convenção em contrário.

5.4.Prestação de caução pelo proprietário das unidades de alojamento

⁵ PAULO DUARTE, *Contratos de concessão de crédito ao consumo, Texto de base à aula proferida em 6/3/1999 no Curso de pós-graduação em Direito do Consumo*, Coimbra, polic.

⁶ PAULO DUARTE, ob. cit.

Em virtude da constatação de alguns riscos típicos destes contratos, o legislador entendeu que seria necessário defender o adquirente do direito (o consumidor), consagrando a obrigatoriedade de o alienante do direito constituir garantias a favor daquele.

Falamos da obrigatoriedade de, nos termos do artº15º DL nº180/99, de 22/5, o proprietário das unidades de alojamento prestar caução que garanta a possibilidade de início de gozo do direito na data prevista no contrato, a expurgação das hipotecas e outros ónus oponíveis ao adquirente desse mesmo direito, a devolução das quantias pagas no caso de o empreendimento turístico não abrir ao público ou em caso de resolução do contrato pelo adquirente do direito, nos termos do artº16º daquele DL. Note-se que, a propósito da devolução das quantias pagas no caso de resolução do contrato, tal só pode acontecer quando o prazo de resolução seja dilatado para três meses, como consequência de o contrato não conter os elementos referidos no artº11º/2 DL nº180/99, de 22/5, dado que, de acordo com o artº14º daquele diploma, é proibido efectuar pagamentos antes do termo dos catorze dias úteis previstos no artº16º/1 para a resolução do contrato.

Falamos, ainda, da obrigatoriedade de o promitente vendedor do direito real de habitação periódica, quando seja proprietário do empreendimento turístico ou cessionário da sua exploração, prestar caução, nos termos e com os objectivos previstos nos artº19º/3 DL nº180/99, de 22/5.

Estas cauções transferem-se para os subadquirentes do direito real de habitação periódica, conforme preceituam os artº15º/3 e 19º/4 DL nº180/99, de 22/5, não se confundindo com a caução de boa administração que o proprietário do empreendimento ou o cessionário da exploração devem constituir em benefício dos titulares dos diversos direitos reais de habitação periódica, de acordo com o artº31º do mesmo diploma legal. Ainda no que tange à administração do empreendimento turístico, refira-se, também, que o responsável por aquela administração deve organizar um relatório anual de contas, respeitantes às prestações periódicas pagas pelos titulares dos direitos, nos termos do artº32º DL nº180/99, de 22/5.

5.5.Os ilícitos contraordenacionais

Animado pelo objectivo da protecção do adquirente/consumidor, o legislador procedeu, nos artº54º e seguintes do DL nº180/99, de 22/5, à tipificação de ilícitos contraordenacionais no domínio do direito real de habitação periódica, constituindo esta pluridisciplinaridade do diploma em análise uma das características do direito do consumo.

6. A protecção do consumidor como a finalidade principal ou subsidiária do diploma que fixa o regime jurídico do direito real de habitação periódica

É inegável que o legislador se preocupou em tutelar o consumidor ao nível dos contratos de aquisição de um direito real de habitação periódica, sendo esse um dos objectivos principais da alteração legislativa introduzida no sector pelo DL nº275/93, de 5/8, como decorre da análise do seu preâmbulo, onde pode ler-se “Entendeu ser conveniente reforçar o grau de protecção dos adquirentes dos direitos reais de habitação periódica, atendendo a que os respectivos contratos exigem, na maior parte das vezes, uma tutela particular da parte mias fraca”. Foi também este o escopo do DL nº180/99, de 22/5, que veio tutelar de forma mais eficaz o consumidor, de molde a garantir a transposição da Directiva 94/47/CE, de 26/10. A questão que colocamos não é, porém, esta. Trata-se de saber se o objectivo primordial do DL nº355/81, de 31/12, ao instituir entre nós a figura do direito real de habitação periódica, era ou não a protecção do consumidor. Não encontramos no corpo do diploma nenhuma norma idêntica às por nós analisadas na secção relativa à protecção do consumidor, nem tão pouco descortinamos, no preâmbulo deste DL, qualquer referência à necessidade de proteger o consumidor relativamente a práticas idênticas às que ele deu origem. Tal não deve causar estranheza. De facto, os direitos reais e a sua constituição estão sujeitos, nos termos do artº1306º CC, ao princípio da tipicidade ou dos *numeros clausus*, pelo que, não sendo o direito de habitação periódica um direito legalmente típico, também não o poderia ser socialmente, não estando o legislador alertado para os riscos que a celebração dos contratos de aquisição de tais direitos poderiam acarretar. Logo, o principal objectivo do diploma não poderia ser a protecção do adquirente que, a existir, existiria, apenas, a título incidental. Só com o decurso do tempo se sentiu a necessidade reforçar o grau de protecção dispensado ao consumidor. O principal objectivo do diploma era garantir “a

dinamização do turismo interno, pela garantia de alojamento, e a captação de investimentos em divisas, seja da parte dos emigrantes, seja da parte dos turistas estrangeiros”. O diploma veio dar resposta ao problema do acesso a uma segunda habitação para férias. Mas veio responder a tal problema através da criação de um direito real, com todas as garantias que um direito com esta natureza confere ao seu titular. De facto, podemos encontrar diversas notas no sentido da natureza real do direito em causa. Como afirma Henrique Mesquita⁷ (*Henrique Mesquita, Obrigações Reais e Ónus Reais*, 1997, Coimbra, Almedina), “a distinção entre direitos reais e obrigações deve ser feita com base n[est]a divisão dicotómica das relações jurídico-patrimoniais, qualificando como obrigacionais as relações de cooperação e como reais as de domínio ou soberania”. Quer isto dizer que o que verdadeiramente distingue os direitos reais das obrigações não é a eficácia absoluta e relativa de cada um, até porque podem existir direitos obrigacionais que gozem de eficácia absoluta (pense-se num direito derivado de um contrato-promessa ao qual se atribui eficácia *erga omnes*, nos termos do artº413ºCC), bem como direitos reais que não gozem de tal eficácia absoluta (pense-se no caso de um direito real não registado ou de um direito real que decaí face à protecção dispensada pelos artº243º e 291º CC aos terceiros de boa fé), mas o facto de o direito de crédito ser sempre um direito que requer a colaboração do devedor, enquanto os direitos reais, porque traduzíveis numa relação de domínio (definido por lei e do qual decorre a sua eficácia absoluta), são independentes da colaboração de quem quer que seja, ainda que na sua génese esteja um contrato celebrado com um terceiro. Se tivermos presente este critério distintivo, não será difícil chegar à conclusão que o direito de habitação periódica é um verdadeiro direito real. Só concebendo o direito como um direito independente da colaboração de um terceiro é que é possível explicar a solução consagrada no artº36º DL nº180/99, de 22/5, que estabelece a hipótese de destituição do proprietário da administração do empreendimento quando este deixe de cumprir a obrigação de administração ou a cumpre negligentemente. Da mesma forma, as normas atinentes aos requisitos formais de constituição e ao registo do direito parecem apontar para a qualificação do mesmo como um direito real, assim como o artº3º/1 daquele diploma que estabelece a perpetuidade do direito, incompatível com a eventual natureza obrigacional do mesmo, na falta de indicação em contrário. Outras referências, como a transmissibilidade dos direitos e obrigações do titular do direito em caso de transmissão

⁷ HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1997

do direito real de habitação periódica, independentemente do consentimento do proprietário do empreendimento ou do cessionário da exploração, poderiam ser feitas para comprovar a natureza real do direito em questão. Contudo, porque dúvidas não se suscitam a esse propósito e porque é o próprio legislador que o qualifica como tal, não nos alongaremos mais neste ponto.

Ao resolver o problema do acesso à segunda habitação para férias através da criação de um direito de natureza real, não podemos deixar de reconhecer e afirmar que a intenção do legislador era já a protecção do adquirente/consumidor, facto que motivou o apreço da DECO pelo novo regime, conforme esclarece o ponto 4 do preâmbulo do DL nº335/81, de 31/12. Se não vejamos. Antes da aprovação do diploma em referência, o acesso à habitação para férias era assegurado pelo recurso a diferentes esquemas negociais, todos eles altamente desvantajosos para o investidor, seja pelos elevados investimentos que acarretavam, seja porque apenas lhe conferiam a titularidade de um direito meramente obrigacional. Um dos esquemas a que, com mais frequência, se recorria traduz-se naquilo a que habitualmente se designa por títulos de férias. Estes resultam de contratos meramente obrigacionais, através dos quais uma pessoa adquire o direito de habitar um apartamento durante um certo período de tempo, mediante o pagamento de um retribuição. Caso o contraente investidor não pudesse utilizar o apartamento durante o período acordado, a empresa turística podia arrendar o apartamento, garantindo-lhe um certo rendimento (fixado, em regra, a forfait). Trata-se de um mero direito de crédito, “cuja consistência depende da seriedade e da solvabilidade da empresa, bem como das vicissitudes de outra ordem que venham a atingi-la”⁸. Por outro lado, sendo um direito meramente obrigacional, que como tal não goza da faculdade da sequela, caso a empresa exploradora alienasse o apartamento, o investidor perderia o seu direito e o seu investimento. A solução para a procura de uma habitação para férias passaria necessariamente pela aquisição, por parte do investidor, de um, direito de natureza real. Acontece que a aquisição da propriedade plena de um imóvel está normalmente fora das possibilidades económicas de um investidor individual. Por isso, até à criação do direito real de habitação periódica as pessoas optavam por recorrer ao regime da propriedade horizontal ou ao esquema da compropriedade. O primeiro tem como inconveniente não estar ao alcance da capacidade económica de qualquer investidor, em virtude dos elevados investimentos

⁸ HENRIQUE MESQUITA, *Uma nova figura real... cit.*

que coenvolve, resultado não só do elevado preço de aquisição da propriedade do imóvel, mas também dos custos de manutenção do mesmo e dos ónus que sobre o investidor necessariamente recairiam. Do mesmo modo, o regime da compropriedade não revela ser o mais adequado para resolver o problema do acesso à habitação para férias. Algumas empresas enveredaram pela venda de apartamentos em fracções (geralmente doze), convencionando que ao titular de cada uma pertence o direito de utilizar o apartamento durante um certo período do ano (normalmente um mês), gerando-se uma situação de compropriedade. Se um dos comproprietários quisesse vender a sua quota, teria de notificar os outros comproprietários da sua intenção de venda e das condições da mesma, para que aqueles, querendo, pudessem exercer o seu direito de preferência, nos termos do artº406º e 1409º CC, o que nem sempre seria exequível ou o que, pelo menos, geraria grandes inconvenientes. Além disso, qualquer dos comproprietários poderia, nos termos do artº1412º CC, requerer a divisão da coisa comum. Era necessário criar um novo direito real, o direito real de habitação periódica. Como salienta Henrique Mesquita⁹, o direito de habitação periódica “é um direito seguro, (...) facilmente negociável; que isenta o titular de ónus pessoais de gestão do imóvel e cujo regime decorre directamente do estatuto real fixado na lei”. Mas nem por isto será lícito afirmar que o principal objectivo do legislador era a protecção do consumidor. Este objectivo só parece autonomizar-se nas sucessivas alterações introduzidas ao DL nº355/81, de 31/12.

7. O adquirente do direito real de habitação periódica como um consumidor

Ao longo deste estudo falámos, por diversas vezes, de consumidor e de protecção do consumidor. Resta-nos agora explicitar quem é o consumidor para efeitos do diploma que institui o estatuto real do direito de habitação periódica.

Numa acepção ampla, consumidor é todo aquele que adquire bens ou serviços para satisfação das suas necessidades, pessoais ou profissionais. Neste sentido, todos nós somos consumidores, confundindo-se o conceito com o de cidadão. Como afirma Calvão da Silva¹⁰, “o que importa é que alguém seja consumidor de um bem, isto é, que

⁹ HENRIQUE MESQUITA, ob. cit

¹⁰ CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 1999, Coimbra, Almedina

consoma, complete ou termine o processo económico, dando satisfação a necessidades pessoais, familiares ou profissionais”.

Em sentido estrito, e nos termos do artº2º/1 Lei nº24/96, de 31/7, “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Quer isto dizer que numa acepção mais estrita, a noção de consumidor não corresponde a um status, traduzindo-se numa verdadeira noção relacional. Estaremos perante uma relação de consumo quando uma das partes seja um profissional que actue no âmbito da sua actividade com vista à obtenção de lucros e a outra seja uma pessoa (colocando-se a questão de saber se no conceito apenas se integram as pessoas singulares ou também as pessoas colectivas. A maioria dos autores, invocando o sentido tradicional da defesa do consumidor e o princípio da especialidade do fim como princípio aferidor da capacidade de goza de direitos das pessoas colectivas, defendem que do conceito de consumidor não fazem parte as pessoas colectivas, embora admitam que em certos casos, designadamente quando estejam em causa pessoas colectivas sem capacidade específica e quando as exigências da equidade assim o determinarem, se deve estender a tutela dispensada ao consumidor àquelas pessoas colectivas. Já para outros autores a noção de consumidor abrangeria as pessoas colectivas, até porque o princípio da especialidade do fim, a afectar aquele conceito, determinaria a invalidade dos actos praticados por elas, invalidade que não contende com a qualificação do contraente como consumidor ou não) que adquire um bem ou serviço para um uso não profissional (aferindo-se tal uso não pelo destino efectivo que o contraente vai dar à coisa, nem por qualquer intenção psicológica insondável, mas pelo que resulta das circunstâncias de celebração do negócio jurídico que se pretende afirmar como relação de consumo, de acordo com uma perspectiva interpretativamente relevante, nos termos do artº236º CC).

Resulta desta exposição que o legislador, para tornar o conceito de consumidor, operativo, estabeleceu limites na definição. A questão que agora colocamos traduz-se em saber se o DL nº180/99, de 22/5, quando fixa determinadas normas de protecção do investidor/adquirente do direito real de habitação periódica, sem nunca se referir especificamente ao consumidor, mas esclarecendo no seu preâmbulo que essas normas se destinam a tutelar a posição daquele, se deve aplicar a todo e qualquer adquirente do direito ou apenas àqueles que, nos termos do citado artº2º/1 Lei nº24/96, de 31/7, possam ser considerados consumidores. Cremos que a melhor solução vai no primeiro

sentido focado. Desde logo porque, apesar de o artº43º/5 DL nº180/99, de 22/5, remeter para a lei de defesa do consumidor, esta é a única remissão para aquele diploma, não havendo ao longo do corpo do DL em causa qualquer expressa alusão à noção de consumidor por aquela veiculada. Por outro lado, atentemos no disposto no artº18º DL nº180/99, de 22/5. O artigo referido estabelece requisitos especiais para o caso de o contrato-promessa de aquisição de um direito real de habitação periódica ser celebrado por um comerciante, na qualidade de promitente-vendedor, o que significa que todas as outras normas se aplicam ainda que o transmitente do direito não actue no quadro de uma actividade específica. Quer isto dizer que todas as outras normas se consideram aplicáveis ainda que claudique um dos elementos da definição de consumidor. Maiores problemas pode levantar a supracitada remissão para o artº7º/5 Lei nº24/96, de 31/7. Entendemos, porém, por uma questão de coerência sistemática, que a remissão é feita para o conteúdo do artigo, abstraindo do âmbito de aplicação do diploma em que se integra. Ou seja, a publicidade considera-se integrada no conteúdo do contrato de aquisição do direito de habitação periódica, ainda que quem o adquira não seja um consumidor em sentido estrito.

8. Conclusão

Face ao regime vigente, o adquirente do direito real de habitação periódica beneficia de uma protecção altamente satisfatória, susceptível de acabar com as práticas abusivas que no sector se fizeram sentir nos primeiros tempos de vida do direito real em questão, só assim se conseguindo criar um suficiente grau de confiança, que permite alcançar os objectivos iniciais da criação de tal direito: dinamização do turismo interno e captação de investimentos e poupanças, seja dos turistas estrangeiros, seja dos emigrantes. Com este regime, portanto, todos, investidores e profissionais do sector, beneficiam.

Bibliografia:

1. Duarte, Paulo, *Contratos de concessão de crédito ao consumo – Texto de base à aula proferida em 6/3/1999 no Curso de Pós-graduação em Direito do Consumo*, policopiado, Coimbra, 1999
2. Mesquita, Manuel Henrique, *Direitos Reais – sumários das lições ao curso de 1966/1967*, policopiado, Coimbra, 1967
3. Mesquita, Manuel Henrique, *Uma nova figura real: O direito de habitação periódica*, RDE, 1982
4. Mesquita, Manuel Henrique, *Obrigações Reais e ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1997
5. Pinto, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias na venda de bens de consumo – A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, Estudos de Direito do Consumidor, vol. II, Coimbra, 2000
6. Silva, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1999