

**Processo n° 467/2011**

Data: 27 de Outubro de 2011

**Assunto:** Preferência do comproprietário na venda de coisa comum

### **SUMÁRIO**

Na venda a terceiro, no âmbito da acção de divisão de coisa comum, o comproprietário mantém o seu direito de preferência.

**O Relator,**

**Choi Mou Pan**

## Recurso n° 467/2011

Recorrente: A

**A**cordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M.:

Nos presentes autos de Acção Especial de divisão de coisa comum movida pelo autos B, residente em Macau, contra o ré, A, casada, residente em Macau, viu indeferida a sua oposição contra o despacho de MM° Juiz titular do processo sob n° CV3-07-0177-CPE que concedeu ao comproprietário do imóvel o direito de preferência a exercer após uma venda judicial realizada pela oferta de carta fechada, contra a oferta do ora recorrente do valor mais alto, recorreu desse indeferimento, com as alegações das fls. 2 a 12 dos autos, cujo teor se dá por Integralmente reproduzido.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Esta parte tinha a seguinte versão em chinês:

- 上訴人為本案拍賣標的物的共有人之一，對共有物擁有法定優先權。
- 上訴人為密封競投的最高價出價者，且被宣告為中標者。
- 為此，在宣告上訴人為中標者時，已不存在任何優先權人的狀況。
- 或者，原告與上訴人具有相同或同類的優先權。
- 再者，對上訴人而言，原告不具行使優先權的心素。

O comprador-adjudicatário B veio responder ao recurso, alegando, em síntese, o seguinte:

- I. A venda determinada em acção de divisão de coisa comum por falta de acordo dos comproprietário para a sua adjudicação a algum ou alguns dos consortes é uma venda forçada, ficando os comproprietários após a prolação do despacho que ordena a venda da totalidade do bem indiviso privados do direito de disposição das suas quotas no bem.
- II. Assim o objecto de tal venda nunca são as quotas dos comproprietários e os editais e anúncios para a venda tem por objecto o período na sua totalidade, não referindo que caso um comproprietário concorra, concorre só à compra da quota ou quotas dos restantes consortes.
- III. O comproprietário, que por si ou coligado com outros comproprietários ou estranhos à comunhão, concorre à venda,

- 
- 因此，原告不能向上訴人主張行使優先權，不論從法定要件層面上。
  - 故宣告上訴人為中標者後，不應向原告指示是否行使優先權，因缺乏法律適用及支持。
  - 上訴人提出反對，但被駁回的裁決，即被上訴的裁決存在錯誤通用法律的瑕疵。
  - 該瑕疵致使披上訴的裁決無效，不應產生效力。
  - 自上訴人以密封標書競技且中標後的程序，亦構成無效，不應產生效力。
  - 從而，上級法院應裁定上訴成立，並改為判決2011年2月18日由上訴人所提交的標書以澳門幣\$2,010,000元中標。
  - 並作出相應的更改文件及納稅的稅款及費用結算。

基於此，請求法官 閣下作出裁決，宣告被上訴之裁決無效，以及宣告自上訴人以密封標書競技且中標後的程序不產生效力；繼而，改為判決2011年2月18日由上訴人所提交的標書以澳門幣\$2,010,000元中標。

concorre à venda da totalidade do bem, apresentando proposta para o comprar na sua totalidade.

- IV. E é sempre o prédio na sua totalidade que é o objecto da oferta ou proposta vitoriosa.
- V. É certo que até ao acto de adjudicação não perde, à semelhança dos outros comproprietários do mesmo, o seu direito de propriedade sobre o bem indiviso que partilha com os demais consortes.
- VI. Mas no acto do concurso à venda está “despido” dessa sua veste de comproprietário e caso a proposta aceite seja a sua, os titulares de direitos de preferência presente no acto, devidamente interpelados para o efeito, podem manifestar a sua vontade de exercer o seu direito de preferência.
- VII. Ainda em reforço de que o consorte quando concorre à venda está em igualdade de condições com qualquer terceiro e que se propõe adquirir a totalidade do imóvel o facto de o preferente, mesmo aquele que seja comproprietário do imóvel posto à venda, estar, em princípio, nos termos do art. 791º, nº 3, do CPC, obrigado a depositar a totalidade do preço, só sendo dispensado de o fazer nos termos previstos no art. 782º, nº 1, do CPC, i.e. na parte do preço que não seja necessária para pagar a credores graduados antes dele e desde que a dispensa não exceda a importância do que virá a ter direito a receber.
- VIII. Só havendo uma proposta aceite estão determinadas as condições da venda, pressuposto necessário ao exercício do direito de preferência.

- IX. A lei, mais precisamente o art. 791º, nº 1 do CPC abstrai das qualidades que concorram no titular da proposta aceite (ou sejam não diz que se o mesmo for comproprietário do bem objecto da venda ficam os outros comproprietários impedidos de exercer o direito de preferência), exara só que aceite alguma proposta são interpelados os titulares do direito de preferência presentes para que declarem se querem exercer o seu direito.
- X. O comproprietário concorrente não está impedido de exercer o seu direito de preferência relativamente à proposta aceite caso a proposta por si apresentada para a compra do bem indiviso não seja a vencedora.
- XI. Se o não está, por no caso de venda por propostas em carta fechada, regime regra da venda em execução, cujas normas se aplicam, por força do art. 372º, nº 2, b) do CPC, não ter conhecimento dos preços oferecidos para a compra do bem indiviso, os demais consortes, que aguardam a determinação das condições da venda, no acto de abertura das propostas e determinação da proposta vencedora, para exercerem o seu direito de preferência, por maioria de razão, também não podem ver esse seu direito arredado pela coincidência de a proposta vencedora haver sido apresentada por um comproprietário do bem indiviso posto à venda.
- XII. A abertura de licitação entre os consortes interessados em exercer o direito de preferência após a determinação da proposta vencedora, e antes de qualquer eventual adjudicação do bem, é a solução que melhor corresponde ao espírito do art. 1308º do Código Civil e que melhor realiza o interesse dos consortes em se manterem na propriedade do bem indiviso

objecto de venda forçada, e não origina qualquer prejuízo, pois verifica-se que:

- foi determinado o melhor preço possível para o bem segundo as regras de mercado (assim assegurando os interesses de eventuais comproprietários ausentes);
- as reais expectativas dos terceiros licitantes já estavam limitadas nos termos dos anúncios e editais para a venda, pelo eventual exercício do direito de preferência por pessoas que o tivessem na sua titularidade (verificando-se assim que de antemão sabiam poder ser substituídos na sua proposta de compra do bem);
- a licitação entre os preferentes tem por valor base esse preço e a totalidade dos consortes sai beneficiada com o acréscimo de preço obtido.

Cumpra-se decidir.

Foram colhidos os vistos legais.

Consta da acta de abertura e aceitação de propostas na venda da bens comuns os seguintes termos:

“Imóvel Vendido

- Denominação: “F18”, do XXº andar F
- Fim: Para habitação.

- Situação: Avenida da Amizade, nºs 361-B a 361-K, Rua de Cantão, nºs 38 a 72-J.
- Número de matriz: 071231.
- Número de descrição na Conservatória do Registo Predial: 21945j a fls. 39 do Livro B-104A.

\*\*\*

- Interpelados os preferentes notificados, porém, neste momento pelo autor B, declarou pretender exercer o direito de preferência na aquisição do prédio cuja venda foi ordenada nos presentes autos e pela quantia correspondente à proposta apresentada pela ré A, invocando, para o efeito, a respectiva qualidade de comproprietário do dito imóvel.
- Dado palavra ao mandatário da ré foi dito que se opõe ao requerido pelo autor, uma vez que não é titular do direito de preferência. Apenas podendo exercer esse direito de preferência na venda de uma quota parte a 3ª pessoa.
- Seguidamente, pela Juiz foi proferida o seguinte:

#### Despacho

- “Tendo em conta o teor do Acórdão do TSI nº 572/2006, o tribunal admite nos termos do artº 791º do C.P.C.M. o comproprietário da fracção B a exercer o direito de preferência na aquisição do imóvel.
- Notifique.”
- Do despacho que antecede, foram os presentes notificados e dele disseram ficar cientes.

- De seguida pelo mandatário da ré, declarou que não se conformando com o despacho ora proferido, interpôs Recurso Ordinário do mesmo.”

### **Conhecendo.**

Compulsados os autos, o autor e o réu são comproprietários da fracção autónoma em causa. E como não foi possível dividir amigavelmente o bem, recorreu o autor ao Tribunal pela acção de divisão do bem comum.

No âmbito da acção, viu-se deferido pelo Tribunal *a quo* o pretendido direito de preferência pelo autor após a oferta em carta fechada do preço mais alto na venda do bem comum, e conseqüente indeferimento da oposição à adjudicação ao preferente do bem comum, subiu o presente recurso, incumbindo a nós a questão a saber se podem os comproprietários mantenha o seu direito de preferência na venda do imóvel a terceiro no âmbito da acção de divisão de coisa comum.

Pois, perante as disposições legais, a decisão recorrida, tendo com base na interpretação literal e teleológica sobre a redacção do supra citado artigo 1308º do C. Civil, a partir da expressão *venda a estranhos da quota de qualquer dos seus consortes* e como se não trataria da venda de uma quota, mas sim de todo o prédio, a preferência estaria excluída, mantinha-se a posição que denega a possibilidade de exercício da preferência nas aludidas situações.

Então vejamos.

Dispõe o artigo 1308º do Código Civil:



1. O comproprietário goza do direito de preferência e tem o primeiro lugar entre os preferentes legais no caso de venda, ou dação em cumprimento, a estranhos da quota de qualquer dos seus consortes.

2. É aplicável à preferência do comproprietário, com as adaptações convenientes, o disposto nos artigos 410º a 412º

3. Sendo dois ou mais os preferentes, a quota alienada é adjudicada a todos, na proporção das suas quotas.

E o artigo 1309º:

1. O comproprietário a quem se não dê conhecimento da venda ou dação em cumprimento tem o direito de haver para si a quota alienada, contanto que o requeira dentro do prazo de 6 meses, a contar da data em que teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação, e deposite, nos 8 dias seguintes ao despacho que ordene a citação, o preço devido, acrescido das despesas, quando e na medida em que o beneficiem, com emolumentos notariais e de registo e com impostos devidos pela aquisição.

2. O direito de preferência e a respectiva acção não são prejudicados pela modificação ou revogação da alienação, ainda que estes efeitos resultem de confissão ou transacção judicial.

No que à divisão de coisa comum concerne, o artigo 1311º:

1. Nenhum dos comproprietários é obrigado a permanecer na indivisão, salvo quando se houver convencionado que a coisa se conserve indivisa.

2. O prazo fixado para a indivisão da coisa não pode exceder 5 anos; mas é lícito renovar este prazo, uma ou mais vezes, por nova convenção.

3. A cláusula de indivisão só vale em relação a terceiros se:

a) Respeitando a compropriedade a coisas imóveis ou a coisas móveis sujeitas a registo, constar do registo;

b) Respeitando a compropriedade a coisas não sujeitas a registo, constar do acto de alienação através de declaração escrita assinada pelo adquirente.

E o artigo 1312:

1. *A divisão é feita amigavelmente ou nos termos da lei de processo.*
2. *A divisão amigável está sujeita à forma exigida para a alienação onerosa da coisa.*

Por seu turno no Código de Processo Civil, em sede de acção de divisão de coisa comum, e com pertinência, o artigo 946º:

1. *Quando pretenda pôr termo à indivisão de coisa comum, cabe ao autor requerer:*

a) *A divisão em substância da coisa comum, depois de fixados os quinhões de todos os comproprietários;*

b) *A divisão em valor da coisa comum, depois da respectiva adjudicação ou venda, quando a considere indivisível em substância.*

2. *Com a petição, o autor oferece logo as provas de que disponha.*

3. *Quando a compropriedade tenha origem em inventário judicial, processado no tribunal competente para a acção de divisão de coisa comum, esta corre por apenso ao inventário.*

Uma vez proposta a acção nestes termos do artigo 946º, haveria lugar à conferência dos interessados nos termos do artigo 951º do Código de Processo Civil.

Diz o artigo 951º:

1. *A conferência de interessados destina-se a:*

a) *Adjudicar os quinhões fixados pelos peritos aos interessados, nos casos em que a coisa comum seja divisível em substância;*

b) *Adjudicar a coisa comum a algum ou alguns dos interessados, preenchendo-se em dinheiro as quotas dos restantes, nos casos em que a coisa só seja divisível em valor.*

2. Na falta de acordo entre os interessados presentes, é a adjudicação feita por sorteio, no caso da alínea a) do número anterior; no caso da alínea b), é a coisa comum vendida, podendo os comproprietários concorrer à venda.

3. Ao preenchimento das quotas em dinheiro aplica-se o disposto no artigo 1016º, com as necessárias adaptações.

4. Se houver interessados incapazes, ausentes ou impossibilitados, o acordo tem de ser autorizado judicialmente, ouvido o Ministério Público.

5. É aplicável à representação e comparência dos interessados o disposto no artigo 989º, com as necessárias adaptações.

Como no título que regula a acção de divisão de bem comum não prevê qualquer outras diligências processuais, nem remete para outras disposições, cremos que não se pode deixar de aplicar o termo geral previsto no artigo 372º n.º 2 do Código de Processo Civil – disposições reguladoras do processo especial.

Prevê este artigo:

“1. ... .

2. Nos processos especiais observa-se ainda o seguinte:

a) O registo dos depoimentos segue o disposto no artigo 447.º e, quando a decisão final admita recurso ordinário, no artigo 448.º;

b) Sempre que haja lugar a venda de bens, é esta feita pelas formas prescritas para o processo de execução e precedida das citações ordenadas no n.º 1 do artigo 755.º, observando-se quanto à verificação dos créditos o disposto nos artigos 758.º e seguintes, com as necessárias adaptações.”

O n.º 1 do artigo 755º prevê a citação dos credores e do cônjuge do executado enquanto o artigo 758º prevê a reclamação dos créditos.

Entende-se que, mormente na jurisprudência do direito comparado, como a acção de divisão de coisa comum não mandar a aplicação das disposições que regulam a venda judicial, a venda procedida nestes termos não haverá o direito de preferência, nem o direito de remição.<sup>2</sup>

Outro sentido também não pode deixar de ser defensável: como na conferência dos interessados procedida na acção de divisão de coisa comum, não havendo o acordo sobre o preço da coisa por dividir, qualquer um dos comproprietários não pode exercer o direito de preferência.

Tal como aconteceu nos presentes autos, na conferência dos interessados, não resultou o acordo “amigável” sobre a divisão do imóvel, o Tribunal ficou obrigado a proceder a avaliação do mesmo bem.

E só após o surgimento do preço arrematado mais alto e o comproprietário que interessa em comprar é que se encontra uma boa hora no exercício do seu direito de preferência.

No direito comparado, há também jurisprudência que entendeu, no sentido oposto daquela acima citada, que em acção de divisão de coisa comum, os comproprietários podem exercer na arrematação o direito de preferência que lhes confere o artigo 1409º nº 1 do Código Civil.<sup>3</sup>

E na resposta à idêntica questão, os acórdãos deste Tribunal, de 6 de Julho de 2006 do processo nº 125/2006 e de 28 de Fevereiro de 2008 do processo nº 572/2006, decidiram no sentido de que “na venda a terceiro, no âmbito da acção de divisão de coisa comum, o comproprietário mantém o seu direito de preferência”.

A decisão neste sentido, também se encontra ser acolhido pelo fundamento da decisão ora recorrida, não se pode deixar de ser mantida,

---

<sup>2</sup> O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de **2007/04/17, do processo nº 07A994**.

<sup>3</sup> Acórdão do STJ de Portugal de 1993/11/04, do Processo nº 084414.

também para a decisão do presente recurso. Pelo que, não custa transcrever os fundamentos essenciais tecidos neste acórdão pela forma seguinte:

“... se a lei confere o direito de preferência e se considera válida a atribuição desse direito, o que pode levar a coarctar o seu exercício?

Dir-se-á, como se disse, que, desde logo, a letra da lei aponta nesse sentido.

Ora este argumento não é decisivo. Se se está a vender uma coisa, coisa comum, tal coisa não deixa de ser a soma das partes comuns. Se assim é, ao vender-se a terceiro em hasta pública, a totalidade da coisa composta de várias partes, pertença de diferentes consortes, se um deles pretende exercer o direito de preferência e se tal lhe for permitido parece ser evidente que ao adquirir a coisa não estará a comprar a parte que já lhe pertencia. Tal argumentação parece geometria, mas não é de facto. Então não é verdade que no preço que venha a pagar terá de ser descontado o preço da parte que lhe pertence? E mesmo que tenha que depositar a totalidade do preço, não é verdade que virá a receber ou a ser descontada a parte do mesmo respeitante à sua quota parte?

Os comproprietários de um prédio, ao arrematarem na praça o prédio em conjunto, não perdem tal qualidade relativamente à parte que lhes cabia, a qual, embora objectivamente indeterminada, se mantém após a arrematação. E no caso de existir um consorte-arrematante, não se dá a transmissão integral ou total do prédio, pois o mesmo não pode adquirir o que já era seu, embora ainda em abstracto como quota ideal, adquirindo apenas o que cabe aos outros comproprietários, depositando o preço por eles repartido.

É a posição acolhida em certa Jurisprudência comparada<sup>4</sup> e naquela adversa a esta posição<sup>5</sup> manifestou-se um voto de vencido que mereceu a concordância dos Prof. Galvão Teles<sup>6</sup> e Alberto dos Reis.

É o próprio Prof. Antunes Varela que em anotação ao aludido acórdão de 1982 se pronuncia no sentido de não ver *razão alguma para considerar o consorte licitante como destituído do direito de preferência que a lei lhe confere (seja na aquisição da quota dos outros consortes, seja na aquisição da coisa comum em geral), nem qualquer razão séria para presumir que, ao entrar na licitação para a aquisição do imóvel comum na venda judicial deste, ele quis renunciar ao direito de preferência.*

Alinham-se seguidamente as razões que levam ao entendimento acima delineado:

- o consorte-arrematante aparece como credor e devedor de si mesmo em relação à sua quota-parte na coisa arrematada e em indivisão;

- ele não pode adquirir aquilo que já era seu, o que não deixa de ter repercussão no depósito da parte do preço correspondente;

- não é o consorte quem vende a sua parte; é o Tribunal que ordena a venda de todo o prédio em hasta pública, porque assim o determina a lei;

- logo, a transmissão não é integral ou total.

E não se encontra sozinho o Mmo Juiz *a quo* nessa sua posição. Para além da Doutrina e Jurisprudência citadas, outra ainda se podia

---

<sup>4</sup> - Ac.do STJ de 22/4/82, RLJ, Ano 119º, 48 e segs., relatado com inegável brilho pelo Cons. Santos Silveira

<sup>5</sup> - Ac. doo STJ de 29/4/47, RLJ, Ano 80º, 315 e segs.

<sup>6</sup> - Revista da FDL, Ano 4º, pág. 202

avancar.<sup>7</sup>

Vão longe os tempos em que, já em 1944, na obra acima citada, Pinto Loureiro, respondendo à *vexata quaestio* escrevia:

*Poderá o direito de preferência exercer-se somente quando se venda parte da coisa comum ou quando a coisa se venda na sua totalidade ?*

*Encontrando-se na jurisprudência vestígios já distantes da corrente de interpretação que considerava o direito de preferência exercitável mesmo nos casos da total alienação de coisa indivisível (8), uma forte corrente se estabeleceu em sentido oposto, reconhecendo o direito de preferência somente na alienação de parte da coisa (9). E isto, não só porque no texto do artigo 1566º se fala expressamente da «respectiva parte», referindo-se ao comproprietário alheador, mas ainda porque não é forma de tornar singular a propriedade comum - principal objectivo da lei - a de reconhecer o direito de preferência nas alienações da totalidade da coisa. Mas mais ainda: com a alienação total cessou a compropriedade, e conseqüentemente todo o fundamento legal da preferência.*

*No domínio do C.P.C, de 1876 chegou mesmo a fazer-se doutrina certa sobre este ponto, por meio do assento de 21 de Julho de 1931, do seguinte teor: «O direito de preferência, de que no acto da praça, com fundamento nos artigos 848º n.º 7º do Código de processo civil e 1566,º do*

---

<sup>7</sup> - Ac. da Rel. Coimbra, de 26/1/99, proc. 1748/98, <http://www.dgsi.pt> ; “em acção de divisão de coisa comum, o comproprietário não goza do direito de preferência na venda a estranhos da totalidade do imóvel, mediante arrematação em hasta pública”.

- Pinto Loureiro, *Manual dos Direitos de Preferência I, 1944*, 209

<sup>8</sup> Acs. Sup. Trib. Just. 24-8.º-900 (*Col. Of.*, 1.º 51), 17-1.º - 908 (*Gaz. Rel. Lx.ª*, 21.º 522); Rel. Pôrto 25-2.º-916 (*Gaz. Rel. Lx.ª*, 29.º 405; *Rev. Trib.*, 34.º 343); *Rev. Trib.*, 34.º 369.

<sup>9</sup> Acs. Sup. Trib. Just. 2-5.º - 916 (*Col. Of.*, 15.º 173; *Rev. Just.*, 1.º 173). 16-3.º - 926 (*Col. Of.*, 25.º 69; *Rev. Trib.*, 46.º 195; *Gaz. Rel. Lx.ª*, 40.º 78; *Rev. Just.*, 11.º 239); Rel. Lx.ª 26-10º - 907 (*Gaz. Rel. Lx.ª* 21.º 522); Rel. Pôrto 25 - 6.º - 916 (*Rev. Trib.*, 35.º 263), 6 - 2º - 917 (*Gaz. Rel. Lx.ª* 31º 127); Rel. Coimbra 15 - 1º .930 (*Rev. Just.*, 15º 26); *Rev. Leg. Jur.*, 24º 210; J. M. Barbosa de Magalhães (*Gaz. Rel. Lx.ª*, 21º 523); Prof. Barbosa de Magalhães (*Gaz. Rel. Lx.ª*, 40.º 79); José Dias (*Rev. Just.*, 12.º 50); Cunha Gonçalves, *Tratado cit.*, vol. 8º, pág. 487.

*Código civil, podem usar os comproprietários, é inadmissível quando se tratar da arrematação de todo o prédio comum, e não simplesmente da parte pertencente a outro consorte» (10).*

*Embora este assento não tenha já agora a mesma força legal, por se não encontrar em vigor a lei processual vigente ao tempo em que foi tirado, é contudo certo que nada- perdeu ainda do seu valor doutrinal.*

Na tentativa de dilucidação desta questão, um primeiro ponto a que se é sensível, na perspectiva da regulação e conformação do direito com as situações reais que lhe são subjacentes e no sentido de que o direito deve ordenar, regular e não estrangular, é o de indagar das razões que podem estar na base de uma proibição ou restrição.

Este entendimento, volvidos que foram mais de 10 anos sobre a mencionada Jurisprudência e Doutrina não tem deixado de ser actualizada mais recentemente.<sup>11</sup>

Mas interessa, acima de tudo, mais do que o argumento de autoridade, continuar a análise das razões que legitimam o exercício da preferência por banda dos comproprietários na acção de divisão de coisa comum.

Superado o argumento literal, não se vê razão, como se pretende, para que os comproprietários pudessem exercer a preferência em sede de Conferência de interessados e não já em arrematação em hasta pública. Não continuam eles a ser

---

<sup>10</sup> Publicado na Col. Of., 30º 176; Rev. Leg. Jur., 64.º 184; Direito, 64.º 20; Rev. Trib., 49.º 216; Gaz. Rei. Lxª, 45º 131; Rev. Just., 17º 22.

<sup>11</sup>- Como não se deixa de alcançar com o acórdão do STJ, de 1779/92, in BMJ 431, pág.408, Ac. da RP, de 17/12/92, CJ Ano XVII, pág. 240, Tomo V e ainda mais recentemente, Ac. RP, de 14/6/05, proc. 52595, <http://www.dgsi.pt>.



comproprietários? Há razões que levem a afastar a protecção do interesse que a lei lhes confere e legitima?

Estamos de acordo com as razões subjacentes e que justificam a atribuição de tal direito de preferência, acima sintetizadas: *a) fomentar a propriedade plena, que facilita a exploração mais equilibrada e mais pacífica dos bens; b) não sendo possível alcançar a propriedade exclusiva, diminuir o número dos consortes; c) impedir o ingresso, na contitularidade do direito de pessoas com quem os consortes, por qualquer razão, o não queiram exercer.*

Mas permitimo-nos acrescentar um outro e que pode ter que ver com o interesse moral ou económico até de um dos comproprietários não querer que a coisa seja transmitida a uma determinada pessoa. Repare-se que este interesse não deixa de ser tutelado na venda normal, em que o proprietário pode não querer vender a uma determinada pessoa. Então não será legítimo conferir-lhe essa possibilidade numa venda empreendida pelo Tribunal, daí não resultando prejuízo para terceiros ou para os outros consortes?

Dir-se-á que há um prejuízo para o funcionamento do mercado e para as reais expectativas dos terceiros licitantes; não cremos, pois que essa contingência estará presente em todas situações de exercício de um direito de preferência.

Ora, nada, mesmo nessa fase processual, da venda judicial, nada leva a afastar estas razões que continuam a justificar a existência e o exercício desse direito.”

Por tudo o que fica transcrito, decide-se no sentido de, reconhecendo o direito de preferência ao adjudicatário, contra o ora

recorrente, manter-se a decisão recorrida, o que determina necessariamente a improcedência do recurso interposto.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso interposto, mantendo-se a decisão RECORRIDA.

Custa pelo recorrente.

Macau, RAE, aos 27 de Outubro de 2011

Choi Mou Pan

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong (vencido nos termos de declaração de voto)

## 民事上訴卷宗 467/2011

### 表決聲明

本合議庭多數表決的裁判認為在共有物分割之訴中，如因利害關係人會議中未能達成協議，而由法官着令依法將共有物變賣時，各共同所有人在得知競買者的最高出價後，仍能行使作為共同所有人的身份而享有的優先權買入該物，唯本人對這理解持不同的意見，理據如下：

本上訴案的既證事實簡要如下：

- 上訴人與本案的聲請人B共同擁有一位於澳門的獨立不動產單位；
- 為了終止共有的狀況，聲請人B根據《民事訴訟法典》第九百四十六條向初級法院提起共有物分割之訴；
- 依法完成第九百四十六條至九百五十條的法定程序後，由法官召集各利害關係人進行會議；
- 由於各出席的利害關係人就分割事宜未有協議而未能決定判給予其中一共有人，法官根據《民事訴訟法典》第九百五十一條第二款着令將共有物以密封標書方式招標變賣；
- 經法定程序後，法院共收到九份密封標書；
- 其中一份由上訴人提交；
- 根據在主案法官面前開啟的九份標書的結果，以上訴人競投出價為最高價；
- 確定最高出價後，沒參予競投的聲請人B表示要行使作為出賣之物的共同所有人身份享有的優先權優先購買該出賣的不動產；

- 法官接受聲請人有權行使優先權，以購入該不動產；
- 被聲請人 A 對這一裁判不服，提起本上訴。

在本卷宗所提起的上訴所爭議的唯一問題是在共有物分割之訴中，倘利害關係人會議中未達成分割的共識，由法官依法着令將共有物變賣時，原共同所有人是否享有《民法典》第一千三百零八條規定的優先權。

本上訴案合議庭多數表決所依據的理解認為雖在共有物分割之訴的變賣之物為一共有物，但共有人仍保留其自己擁有的份額和行使優先權買入者應僅是屬其他共有人所有的份額。

對此理解，基於下述理由本人不予認同。

根據《民法典》第一千三百零八條規定，任何共有人向第三人出賣其份額或以其份額作代物清償時，其他共同所有權人享有優先權，且優先於其他法定優先權人。

現行的這一條文沿自一九六六年的《民法典》第一千四百零六條。

就一九六六年法典這一條文設定優先權的立法理由，Antunes Varela 教授指出，共同所有人對其他共同所有人的份額在其出售或代物清償時享有的優先權的依據有三：

- 一、 促進完全所有權形式，以便於更平衡及和平地使物的效益得以開發；
- 二、 即使未能達致物歸單一人所有，盡可能減少共同所有人的數目；
- 三、 防止一些基於任何理由被原共有人不想與之共有物件的人加入成為共同所有人(見 Pires de Lima, Antunes Varela, Código

Civil Anotado, Volume III, Coimbra Editora, Limitada 第三百四十七頁)。

由此可見，優先權的設定並不是為了確保有關的物在全部和部份出售或代物清債時仍繼續保留在任一原共同所有人的財產中。

這一理解除了以 Varela 教授的上述權威學說中為依據外，亦可從以下的就實體法和訴訟程序機制的分析得到實證。

根據《民事訴訟法典》的規定，共有物分割之訴被列為特別程序之訴。

基於共有物分割之訴的特殊目的，其程序亦在一定程度上有別於普通程序及其他特別之訴的程序——見第九百四十六條至九百五十二條。

為補充法典在各特別之訴的相應程序的規定，第三百七十二條作出如下的規定：

一、簡易訴訟程序及特別程序受本身之規定以及一般及共同規定所規範；對於上述規定中並無規範之事宜，須遵守就通常訴訟程序所定之規定。

二、在特別程序中尚須遵守下列規定：

- a) 記錄證言須遵守第四百四十七條之規定；對終局裁判可提起平常上訴時，記錄證言尚須遵守第四百四十八條之規定；
- b) 如須變賣財產，則變賣按執行程序所規定之形式進行，且事前須按第七百五十五條第一款之規定命令作出傳喚，以及依據經作出必要配合之第七百五十八條及隨後數條之規定審定債權。

如是者，根據上述的第二款 b) 項規定，在共有物分割之訴中的變賣，應按執行程序所規定的變賣形式進行。

就執行之訴的變賣程序，《民事訴訟法典》在其第七百八十四條至八百零九條作出細則規定。

第七百九十一條第一款規定：「如有任何標書獲接納，須催告在場且具有優先權之人，以便聲明是否欲行使其優先權。」

根據上述的三百七十二條第二款 b)項的規定，執行之訴中的變賣程序補充適用於共有物分割之訴中的變賣。

那麼，表面看來，本案標的物的共同所有人均享有優先權。

然而，事實非如此表面。

第七百九十一條是一程序法的規定，其適用前提是有人根據實體法，例如《民法典》第一千三百零八條，享有優先權方存在補充適用《民事訴訟法典》第七百九十一條的需要。

事實上，《民事訴訟法典》第七百九十一條的立法精神正是在執行之訴中確保《民法典》第一千三百零八條規定的優先權的立法目的得以落實。至於這一執行之訴的程序性質規定是否與共有物分割之訴的目的相符，而補充適用，則下文再分解。

一如我們所認知，執行之訴的存在目的是在債務人不自發地向債權人履行債務時，債權人得通過提起執行之訴，請求法院介入，以司法機關的公權力強制債務人履行其債務。

如屬支付金額之債，且債務人沒有或未能提供現金以直接支付債務，則往往由法院查封被執行人的財產以便日後變賣抵債。

如被查封的財產屬被執行人與他人共同所有時，則被查封作日後變賣抵債的財產僅是被執行人自己擁有的份額。

然而，在其後司法變賣中，可預見這一屬被執行人的份額有可能變賣予第三人。

這第三人可能基於某些原因，不受非被執行人的共有人所歡迎者，正因如此，立法者在《民法典》第一千三百零八條設定共同所有人在其他共有人出售其份額或作代物清償時，有優先權買入其份額，以避免有可能與一其不願與之為伴的人共有財產。

事實上，根據約定自由原則，任何人皆有權自由地與任何其願意與之為伴的人共有財產。

但在其共有人按己意出售份額或如在執行之訴為抵債而被強制變賣其份額時，如不讓非出售份額或非被執行人的共有人有優先權買入該將要出售的份額，則似乎有點強人所難，迫使其與一不認識、不喜歡的陌生人共同擁有和享用同一財產！

在執行之訴的變賣中，讓共同所有人有優先權買入被執行人的份額既能保障落實《民法典》第一千三百零八條設定優先權的其中一項立法目的，亦能容許份額以合理價格變賣以保障債權人的利益。

因此，在執行之訴中，享有優先權的共有人是在標書開啟後，知道最高出價後，方被法官詢問是否願意以該最高價行使優先買入該變賣抵債的份額。

毫無疑問，作為依法享有優先權者，豈有需要先與其他第三人一起投標出價競買被執行人的份額，然後如競投出價不及別人高時方行使優先權以最高出價相同的價格買入有關份額！

然而，在共有物分割之訴中，似乎沒有像在執行之訴般存有支持賦予共同所有人享有《民法典》第一千三百零八條的優先權的理由。

事實上，共有物分割之訴的目的是終結同一物由多人共有的情況。

其最終解決方案是因應共有物可否作原物的分割而各自有不同的可能結果。

如共有物可作實物分割，則可根據《民事訴訟法典》第九百四十六條第一款 a)項及第九百五十一條第一款 a)項及第二款第一部份為的程序處理\*。其結果是共有物在被實物分割成多個獨立物，再由各共有人瓜分，在此不存在優先權的問題。

如共有物屬不可作實物分割之物，一如本案中的不動產，則根據第九百四十六條第一款 b)項，第九百五十一條第一款 b)項及第二款第二部份為之。因此，如在利害關係人會議中各共有人能就物之價值及其份額的價值達成協議時，則法官按各利害關係人的共識將之判給其中一人，而其餘的原共有人能以金錢方式收取相應於其原擁有的份額的價值。

如各人未達共識，則法官依法着令將共有物整個變賣，變賣所得按各

---

\* 第九百四十六條：

一、如欲結束共有物不可分割之狀況，原告須提出下列聲請：

a) 在確定各共有人之份額後，將共有物作原物分割；

b) 在認為共有物不可原物分割時，將共有物判給或出賣後，分割共有物之價值。

二、在提交起訴狀時，原告須立即提出所具備之證據。

三、如共有狀況因財產清冊程序所引致，而該財產清冊程序係在有權限審理分割共有物之訴之法院進行者，則分割共有物之訴以附文方式附於財產清冊程序。

第九百五十一條：

一、利害關係人會議旨在：

a) 共有物可原物分割時，將鑑定人所定之份額判給利害關係人；

b) 共有物僅可變價分割時，將共有物判給某一或某些利害關係人，而其餘利害關係人之份額以金錢組成。

二、如出席之利害關係人未達成協議，在上款 a 項所指之情況下，以抽籤方式判給；在 b 項所指之情況下，則將共有物變賣，各共有人均得參加競買。

三、第一千零一十六條之規定經作出必要配合後，適用於以金錢組成份額之情況。

四、如有利害關係人係無行為能力、失蹤或不能作出行為者，則有關協議必須經法院在聽取檢察院意見後許可。

五、第九百八十九條之規定經作出必要配合後，適用於利害關係人之代理及出席。



自份額比例由各人瓜分。

根據《民事訴訟法典》第九百五十一條第二款規定，各共有人均得參加競買。

因此，如在共有物不能作原物分割而必須作價值分割時，則共有物有可能落入其中一原共有人所有或由一第三人所有。

那麼，在共有物必須被變賣時，各原共有人應否享有《民法典》第一千三百零八條規定的優先權？

根據我們上文引述的 Varela 教授的學說，立法者設定共有人享有的優先權的目的並不是為了確保共同物在分割後或被終結其共有情況後依然歸屬其中一位原共有人的財產內。

此外，共有物分割之訴的目的明顯有別於執行之訴的目的。

在執行之訴法律明確規定在公開競賣得出最高投標價後讓共有人行使以同一價格優先買入被變賣的份額的理由已在上文清楚闡述。

顯而易見地這一理由不存在於共有物分割之訴中的變賣。

在執行之訴所變賣者是共有物的一個份額，在共有物分割之訴所出售者為物之全部，因此物不可能再處於被多人共有的情況。

此外，在共有物分割之訴，倘不能作原物分割及各共有人未能就判給及份額價值達致共識而必須進行變賣時，各原共有人的權利會隨着法官着令變賣時由擁有共有物相應份額的物權而變化成其份額在整個共有物日後售出價格中的相應價值的債權。

因此，不可能存在與不喜歡的第三人共有財產的可能，因而亦失去支持繼續享有優先權的理由。

此外，第九百五十一條第二款規定在共有物的變賣時，各共有人均得參加競買。

如立法者有意在共有物分割之訴亦賦予共有人享有《民法典》規定的優先權，則應像執行之訴中相應規定般，不應說明各共有人均得參加競買。

在執行之訴的變賣中，共有人根本無需參加競買，因為無論招標競投的結果如何，只要肯付出相同的價金，最終共有人亦可藉優先權勝過任何競買者而取得原屬被執行人的份額。

相反在共有物分割之訴中，立法者不能一方面讓共有人可參加競買，另一方面却又賦予彼等優先權。既然優先權能勝過任何其他非為共有人的競買者的出價，共有人又有何需要參加競投，唯一可想像的理由是希望共有人參加競買時，其出價較任何其他非為共有人的競買者的出價更高，好讓其餘無興趣競買或不成功出最高價的共有人能瓜分得更高的份額價值！但畢竟為各共有人謀求共有物最高出售價格並非共有物分割之訴的訴訟目的！

《民事訴訟法典》第八十七條規定在訴訟程序中不應作出無用之訴訟行為。

如立法者真的有意在共有物分割之訴中讓共有人在競買開標後享有優先權，則容許彼等參加競買的規定似乎明顯違反上述第八十七條規定的禁止作出無用行為原則。

因此，雖然《民事訴訟法典》第三百七十二條第二款 b) 項規定執行之訴中的變賣程序補充適用於特別程序之訴，但基於優先權是由實體法規定的權利，如認定利害關係人依法不享有優先權，則《民事訴訟法典》第七百九十一條則不能補充適用於共有物分割之訴。

此外，就單純程序法規定方面而言，第三百七十二條第一款規定只有在特別程序之訴的規定中並無規範之事宜方補充適用一般規定。既然在共有物分割之訴規定各原共有人可參加競買，則似乎立法者用意是讓彼等通過競買而非通過行使優先權而取得物之全部。

因此，本人認定應裁定上訴理由成立，廢止原審批示。

二零一一年十月二十七日

助審法官

賴健雄