

Recurso n.º 572/2006

Recorrente: A

A cordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

A, solteiro, título do BIRM n.º XXX, residente em Macau, vem intentar a presente acção especial de divisão de coisa comum contra: B, viúva, residente em Macau e C, com domicílio profissional em Macau, pedindo a divisão em valor da fracção comum nos termos do artigo 946º n.º 1 al. b) do Código de Processo Civil.

Citadas as requeridas, veio a 2ª ré contestar pronunciando que não pretendia proceder à divisão da coisa comum, por ser a mesma indivisível e requerer que se solicite a avaliação da fracção autónoma de modo a apurar o seu valor de mercado.

O Mmº Juiz titular do processo decidiu que a coisa comum não é divisível e determinou solicitar a avaliação pedida.

Feita a avaliação e procedida a conferência dos interessados, não chegou o acordo acerca da adjudicação do imóvel, pelo que foi ordenado o prosseguimento dos autos com a venda do bem, nos termos do artigo 755º ex vi artigo 372º do Código de Processo Civil.

Na abertura e aceitação de propostas da venda do imóvel, foi aceite a proposta apresentada pelo **D**. Neste momento, o autor pretendia exercer o seu direito de preferência na aquisição do prédio e pela quantia corresponder à proposta aceite, acrescentando mais uma pataca.

A este pedido o Mmº Juiz decidiu a suspensão da instância por período de 30 dias para aguardar pela decisão no recurso interposto no âmbito do processo nº CV3-03-0004-CPE (que correu os termos do recurso nº 125/2006 nesta instância, e que foi decidido em 6 de Julho de 2006).

Por despacho de 25 de Maio de 2006, o Mmº Juiz titular decidiu indeferir a pretensão do Autor **A** de exercer o alegado direito de preferência na aquisição da coisa dividenda.

Com esta decisão não conformou, recorreu para este Tribunal **A**, alegando que:

1. O ora Recorrente não concorda com o entendimento do Mmo. Juiz a quo segundo o qual “(...) ao comproprietário não assiste direito de preferência na venda judicial a estranho da totalidade da coisa comum a que se proceda no âmbito de divisão de coisa comum. (...)”.
2. Em termos literais e teleológicos, aplciar-se ao caso em apreço a norma contida no n.º 1 do artigo 1380º do Código Civil, assistindo ao **A**. ora recorrente direito ao exercício do direito de preferência.
3. Não obstante o objecto da venda judicial em acção de divisão de coisa comum ser inicialmente a totalidade da coisa, o que é certo

é que pode ficar reduzido às quotas dos restantes consortes sempre que o(s) comproprietário(s) concorra (m) à venda e a sua proposta de compra seja aceite. Neste caso, obviamente, não poderá(ão) o(s) comproprietário(s) adquirir aquilo que de antemão lhe pertence.

4. Concorrer na venda, neste caso, não pode ficar limitado à apresentação de uma proposta em carta fechada. Deve, forçosamente, englobar a possibilidade de o comproprietário preferir na compra.
5. A lei não sanciona a falta de acordo entre os consortes, preocupando-se sim em apontar uma outra solução para estes casos, como seja, a venda do bem. Entender que o A. não pode preferir na compra é assegurar que o mesmo fica prejudicado pela falta de acordo quando, em todas as fases do processo, se mostrou aberto à negociação, avançando, por diversas vezes, com propostas de compra.
6. Em face de todo o exposto – e salvo o devido respeito pelo Tribunal *a quo* – afigura-se ser de revogar o despacho aqui em crise, por errada determinação das regras legais aplicáveis.

Pede a procedência do presente recurso, revogando-se a decisão Recorrida em conformidade.

O comprador-adjudicatário **D** veio responder o recurso, alegando, em síntese, o seguinte:

1. Como questão prévia à pretensão do recorrente de ver reconhecido o seu direito de preferência na venda judicial, deve julgar-se que a utilidade do recurso não ficou prejudicial pelo facto de o preço não ter sido depositado nem pelo proponente da proposta aceita nem pelo recorrente que invocando direito de preferência contra aquele na aquisição porque:

- a. a obrigação de depositar prevista nos arts. 791º n.º 3 e art. 792º, ambos do CPC, visa apenas o depósito de uma só totalidade do preço e não a multiplicação ou repetição do preço várias vezes, mediante depósito pelo proponente e depósito de todos aqueles que se apresentem a pretender o direito de preferência na aquisição;
- b. a obrigação de depósito do preço só existe depois de ser definitivamente resolvida a questão da existência ou não existência de direito de preferência de quem apresentou oportunamente tal pretensão, isto é, depois de resolvido o alegado direito de preferência na aquisição que o presente recurso pretende ver julgado;
- c. e só é depositada uma só totalidade do preço ou pelo pretendente preferente (se a sua pretensão vier a obter definitivo provimento e portanto estivermos efectivamente na situação prevista na art. 791 n.º 3 do CPC de efectiva existência de preferente que declarou pretender exercer o direito, com consequente deve de depositar ali previsto) ou pelo proponente-não preferente (se a pretensão de direito de preferência improceder, e

consequentemente, já estivermos perante a situação de proposta aceite sem existência de preferente a exercer o seu direito, prevista no cit. art. 792º do CPC);

- d. subsistem, pois, a proposta do proponente não preferente e também subsiste a pretensão do recorrente ver reconhecido direito de preferência sobre aquele e, concomitante, mantém-se a utilidade e necessidade de apreciar o recurso para se saber a quem cabe o direito e, como consequência do direito, a quem cabe a obrigação de depositar o preço (se a preferente que se apresentou a pretender exercer o direito - art. 791º n.º 3; se a proponente sem existência de preferente a pretender exercer o direito - art. 792º).
- 2. quanto ao direito de preferência invocado pelo recorrente com base no art. 1308º do C. Civil, objecto do recurso, ele deixou de existir a partir do momento em que a sua quota-parte no direito real de propriedade se converteu em direito de crédito;
 - 3. com efeito, na venda judicial, o comprador adquire o direito de propriedade livre dos ónus e encargos que anteriormente garantiam quaisquer credores e, consequentemente, uma vez decretada a venda judicial considera-se decretada a extinção do anterior direito de propriedade dos consortes e as respectivas quotas-partes no direito de propriedade convertidas em meros direitos de crédito dos mesmos na proporção das respectivas quotas-partes, em concurso com outros eventuais credores, a satisfazer pelo produto total da venda e com extinção dos ónus,

direitos e encargos que anteriormente incidiam sobre o prédio a favor dos credores;

4. Por isso, a dispensa de depósito do valor correspondente à quota-parte do comproprietário-comprador invocada pelo recorrente na conclusão 3ª não manifesta direito de propriedade sobre essa parte mas sim manifesta direito de credor-comprador dispensado de depositar o montante de que é credor na parte ou medida em que esse montante não seja necessário para pagar créditos graduados antes dos dele – cit. art. 782º n.º 1 do CPC.
5. O recorrente só poderia ter razão, se na venda judicial em processo de divisão de coisa comum, o produto da venda se destinasse única e tão-sòmente à satisfação dos direitos e créditos emergentes das quotas-partes da compropriedade, sem admissibilidade de qualquer outro tipo de direitos ou créditos, nomeadamente o crédito judicial das custas e, consequentemente, mantendo-se subsistentes com o novo proprietário todos os ónus e encargos eventualmente existentes anteriormente à venda, nomeadamente hipotecas, direito de retenção, etc.
6. porém, tendo sido decretada e cumprida a citação de eventuais credores nos termos do art. 755º do Cód. Proc. Civil (fls. 70 e segs), sem que o Autor, nem ninguém, tenha recorrido ou tenha oposto ou levantado qualquer objecção, não há dúvidas que estamos perante decisão transitada em julgado a ordenar venda judicial para satisfação dos credores que, com os comproprietários, concorrerem à satisfação dos seus créditos

pelo produto total da venda, mediante adjudicação a um comprador de novo direito propriedade, livre dos ônus, direitos e encargos que anteriormente incidiam sobre o prédio a favor dos credores, quer se tratasse de direitos de propriedade, de retenção, hipoteca, etc.

7. e não tratando os presentes autos de venda visando a satisfação apenas dos consortes, não pode haver dúvidas que é admissível, para além do concurso daqueles, o concurso de credores que eventualmente gozem do direito de graduação à frente dos credores-consortes e, conseqüentemente, se trata de venda com extinção do anterior direito de propriedade e as respectivas quotas-partes convertidas em direito de crédito, RAZÃO PELA QUAL não podem estes credores titular nem invocar o direito de preferência de comproprietários.

Termos em que se pede a improcedência do recurso.

Cumpre-se decidir.

Foram colhidos os vistos legais.

É seguinte o despacho recorrido:

“ ...

O direito de preferência dos comproprietários na alienação da coisa comum - digamo-lo, por facilidade de expressão, desta forma - encontra assento legal na norma contida no art. 1308º n.º 1 do Código Civil. Aí se estatui que “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 consortes”.

De acordo com o teor literal daquela disposição legal, podemos dizer que os pressupostos legais do direito de preferência ali previsto são os seguinte:

- venda ou dação em cumprimento, a estranhos;
- da quota de qualquer dos consortes.

Colocando-nos agora num outro nível de análise, de natureza teleológica, logo intuímos quais os fins prosseguidos por essa norma, quais os interesses que se procuraram proteger.

“São três os fins principais que justificam a concessão da preferência no caso especial da compropriedade: 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” - acabámos de citar, Pires de Lima - Antunes Varela. Código Civil Anotado, Volume III, 2ª edição revista e actualizada, pág. 367, sendo que a norma a propósito da qual foi produzida a anotação transcrita é, em tudo, semelhante à que vigora no ordenamento jurídico da RAEM.

Importa sublinhar um ponto que é de particular importância: a norma aqui em causa não protege o interesse dos consortes em manterem-se na titularidade da coisa comum, pela simples razão de que esse interesse não é colocado em causa na hipótese abstractamente prevista pela mesma. Nessa hipótese, é pressuposto do exercício do direito de preferência que um dos consortes continue nessa posição, mesmo após a venda ou a dação em cumprimento em que o mesmo é chamado a preferir. Admitimos que se possa entender ser esse um interesse relevante e merecedor da protecção legal. No entanto, objectivamente e face ao direito positivo, esse interesse não foi atendido pelo legislador no desenho do preceito legal agora em análise - como teremos oportunidade de ver infra, foi considerado, sim, mas num lugar do sistema e de um modo diversos.

Voltando agora a nossa atenção para o bloco normativo de natureza processual pertinente à hipótese em apreço, constatamos que, na acção da coisa comum, a venda desta, é configurada pelo legislador como uma solução de recurso.

Com efeito, nos casos em que a coisa comum só é divisível em valor, que são os que aqui relevam, os interessados são convocados para uma conferência, a qual se destina a adjudicar a coisa comum a algum ou alguns dos interessados, preenchendo-se em dinheiro as quotas dos restantes - cfr. art. 951º n.º 1 al. b) do CPCM.

Na falta de acordo entre os interessados presentes - e só nessa situação -, a lei determina que a coisa comum seja vendida, podendo os proprietários concorrer à venda - art. 951º n.º 2 do CPCM.

Portanto: a venda é solução configurada pelo legislador como solução de recurso, na exacta medida em que só tem lugar se falhar o acordo entre os interessados presentes na conferência.

Mas um outro ponto importa precisar. Qual seja, o de definir o objecto da venda judicial no âmbito da acção de divisão de coisa comum.

Neste particular, afigura-se-nos ser de acolher a posição que, na doutrina comparada, é sustentada por Antunes Varela e segundo a qual, o prédio posto em praça na venda judicial realizada para pôr termo à comunhão é o prédio indivisível na sua totalidade, convertendo-se o direito real de cada um dos comproprietários, no acto de arrematação, num direito de crédito sobre a parte do preço proporcional ao volume da sua quota ou participação na titularidade do direito comum – cfr. Antunes Varela, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 119º, pags. 59 e 60.

Sendo a totalidade da coisa o objecto da venda judicial no âmbito da acção de coisa comum, facilmente se conclui que tal hipótese não cabe no âmbito da literalidade da norma atributiva do direito de preferência que se encontra no art. 1308º nº 1 do Código Civil de Macau, O texto dessa norma é claro: o comproprietário goza do direito de preferência na venda a estranhos de uma quota de qualquer dos seus consortes.

O que se compreende, se tivermos em vista as finalidades do preceito, os interesses em causa e que supra deixámos enunciados.

Ora, essas finalidades e interesses não estão presentes, de todo, quando aquilo que se vende é, não uma quota do bem, mas a sua totalidade.

Com efeito, numa tal situação, o objectivo de conseguir a propriedade plena está, naturalmente, conseguido e, por outro lado, também se não colocará a questão de um ou mais consortes ficarem na comunhão do bem com alguém que não desejem.

Com o que se chega a um outro patamar conclusivo, verdadeiramente decisivo: também do ponto de vista da chamada *ratio legis* do preceito, não se vê como é que o mesmo possa abarcar a hipótese que no presente caso se coloca.

Nem se invoque, para justificar a aplicação da norma contida no art. 1308º n.º 1 do Código Civil de Macau e conferir o direito de preferência que aí se consagra, a situações fácticas como a que agora se encontra em apreciação, o interesse dos consortes que pretendam permanecer na titularidade da coisa.

Já vimos, justificadamente, que esse interesse ou finalidade não se encontra no âmbito de protecção teleológica do preceito em análise. Não se pode pretender que a lei, através de uma determinada norma, tenha a intenção de proteger um interesse que não é posto em causa na hipótese abstractamente configurada pela mesma.

Ora, não se pode estender a aplicação de um normativo legal a uma situação que, manifestamente, nem se enquadra no respectivo enunciado gramatical nem se situa em lugar algum da geografia própria da sua razão de ser.

Num certo sentido e fazendo propositado apelo a uma linguagem que a metodologia jurídica há muito ultrapassou mas que, neste momento, é capaz de emprestar expressividade discursiva ao nosso pensamento,

diríamos que a situação vertente não cabe nem na letra nem no espírito da norma contida no art. 1308º n.º 1 do CCM.

De resto, aquele interesse dos consortes de permanecerem na titularidade da coisa, não foi esquecido pelo legislador. Longe disso.

Com efeito, não é outro o interesse que se pretende acautelar quando, na norma do art. 951º n.º 1 al. b) do CPC se prevê - como solução privilegiada - a adjudicação da coisa comum a algum dos interessados, desde que, entre os mesmos, exista acordo quanto à mesma.

Mais. Mesmo quando o acordo quanto à adjudicação não é possível, e a coisa vai para venda, ainda aí o legislador tem em vista o dito interesse dos consortes, permitindo-lhes, *expressis verbis*, concorrer à venda.

Dir-se-á que os mecanismos de tutela do interesse dos comproprietários em continuarem na propriedade da coisa que a lei prevê revelam fragilidade. Admitimos que sim. Mas são os que são. O que essa constatação, mesmo que fundada, não poderá, é ser suficiente para legitimar o alcance de uma solução - atribuição de um direito de preferência aos comproprietários em caso de venda da totalidade da coisa no âmbito de acção de divisão de coisa comum - que se revela, por tudo quanto dissemos, ostensivamente contra *legem*.

Estamos, agora, em condições de concluir que ao comproprietário não assiste direito de preferência na venda judicial a estranho da totalidade da coisa comum a que se proceda no âmbito de divisão de coisa comum - no mesmo sentido, na jurisprudência comparada, veja-se o Ac. STJ 17 Dez. 97, Processo 97B248, www.dgsi.pt.

Pelo exposto, decide-se:

Indeferir a pretensão do Autor A de exercer o alegado direito de preferência na aquisição da coisa dividenda.

Notifique.”

Conhecendo.

Compulsados os autos, o autor e as rés são comproprietários da fracção autónoma 5-L do 5º andar L do prédio urbano situado na Rua XXX nº XXX descrito sob o nº XXX, a fl. XXX do Livro XXX, com a quota parte respectivamente o autor e 2ª ré, cada um, de 1/4 e a restante metade para a 1ª ré. 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 indeferido pelo Tribunal *a quo* o pretendido direito de preferência na venda 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.¹

¹ O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2007/04/17, do processo n.º 07A994.

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, a solicitar junto dos Serviços de Finanças para o efeito.

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 1409 n. 1 do Código Civil.²

E na resposta à idêntica questão, o acórdão deste Tribunal, de 6 de Julho de 2006 do processo nº 125/2006, decidiu 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”.

² Acórdão do STJ de Portugal de 1993/11/04, do Processo nº 084414.

A decisão neste sentido não se pode deixar de ser mantida, 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 comparada³ e naquela adversa a esta posição⁴ manifestou-se um voto de vencido que mereceu a concordância dos Prof. Galvão Teles⁵ 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;

³ - Ac.do STJ de 22/4/82, RLJ, Ano 119º, 48 e segs., relatado com inegável brilho pelo Cons. Santos Silveira

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

⁵ - Revista da FDL, Ano 4º, pág. 202

- 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 avançar.⁶

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 (7), uma forte corrente se estabeleceu em sentido oposto, reconhecendo o direito de preferência somente na alienação de parte da coisa (8). E isto, não só porque no texto do artigo 1566º se fala

⁶ - 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

⁷ 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.

⁸ 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.º 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.

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 consequentemente 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 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» (9).

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.

⁹ 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.

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

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 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

¹⁰- 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>.

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 reconhecer o direito de preferência ao recorrente, devendo o mesmo ser admitido a preferir, tal como requereu, o que determina necessariamente a procedência do recurso interposto e consequente revogação do despacho recorrido que adjudicou o imóvel em causa.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em conceder provimento ao recurso interposto e, conseqüentemente, revogam a decisão recorrida, de forma a que o recorrente seja admitido a preferir,

dando-se sem efeito a adjudicação do referido imóvel nos termos em que foi feita.

Custa pelo recorrido.

Macau, RAE, aos 28 de Fevereiro de 2008

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong

(Vencido nos termos da declaração que se junta)

民事上訴卷宗 572/2006

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，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 A 與本案的第一及第二被告以不同的份額共同擁有一位於澳門的獨立單位；

- 為了終止單位被多人共有的狀況，上訴人根據《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；
- 各出席的利害關係人就價值問題未有協議而法官未能決定判給予其中一共有人；
- 隨後，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，法院共收到六份密封標書；
- 其中一份由上訴人提交；
- 根據在主案法官面前開啟的六份標書的結果，以投標人 **D** 競投出價 MOP\$315,600.00 為最高價；
- 確定最高出價後，沒有參予競投的原告即上訴人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；
- 法官認為上訴人不享有優先權，決定不動產判給最高出價者；
- 上述共有人即原告對這一裁判不服，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。

此外，亦指出如作為共有人的身份時應享有優先權買入不屬彼等的其餘份額，不見得有任何理由在分割之訴中公開發賣時却不享有優先權。

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償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。

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

* 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。

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，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。

綜上所述，本人認為各上訴提出的理由均不成立，和應以本表決聲明所陳維持原審法院認定共同所有人在分割之訴的變賣中不享有《民法典》第一千三百零八條規定的優先權，和維持原審法院向競買中出價最高者判給的裁判。

二零零八年二月二十八日

法官

賴健雄