

Proc. n° 487/2017

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da RAEM

I – Relatório

A, em inglês A1, sociedade anónima constituída de acordo com as leis da Região Administrativa Especial de Macau, com o capital social integralmente realizado de MOP200.000.000 com sede social na XXX, Taipa, Macau, registada na Conservatória do Registo Comercial e de Bens Móveis de Macau XXX (SO), ----

Instaurou no TJB (proc. n° CV2-15-0014-CAO) a presente **Acção Ordinária** contra: ----

B, sociedade constituída de acordo com as leis da Região Administrativa Especial de Macau, com sede em Macau, na XXX, registada na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis sob o número XXX(SO), ----

Com os fundamentos constantes da petição inicial de fls. 2 a 23, ----

Pedindo que fosse julgada procedente por provada a presente acção e, em consequência, fosse declarada válida a resolução do Contrato, e fosse a Ré condenada a pagar-lhe:

1. A quantia de HK516.730,24 a título de remuneração contratual;
2. Juros de mora calculados sobre a quantia prevista na alínea a) desde a data de vencimento, à taxa de juros correspondente ao triplo da legal;
3. A quantia HK2.881.521,58 a título de cláusula penal;
4. O imposto do selo efectivamente pago pela Autora, no valor de MOP53.874,86, mas cujo montante final está ainda por fixar em processo judicial pendente;
5. Juros de mora calculados sobre as quantias previstas nas alíneas c) e d) desde a data da citação, à taxa de juros legal, acrescida de uma sobretaxa de 2% ao ano.

*

Foi, na oportunidade, proferida sentença, que julgou parcialmente procedente a acção, em consequência do que, entre outras coisas, condenou a ré no pagamento da *cláusula penal* no valor de HK\$798.788,68, contra o valor peticionado que era de HK\$2.881.521,58.

*

É contra esta sentença que a autora da acção se insurge no presente recurso jurisdicional, em cujas alegações formulou as seguintes conclusões:

“ 1.º O presente recurso tem como objecto a Sentença, constante de fls. 345 a 361 dos autos, na parte que julgou parcialmente improcedente o pedido de condenação da Ré, ora Recorrida, no pagamento à

Autora, ora Recorrente, da quantia de HKD798,788.68 a título de cláusula penal.

2.º A decisão ora posta em crise viola o disposto no art. 562.º n.º 3 CPC, na medida em que resulta de erro de julgamento do Tribunal *a quo*, revelado na fundamentação de tal decisão que conflituava com a matéria dada como provada, nomeadamente a que resulta dos Factos 18.º, 23.º, 28.º e 52 vertidos na decisão sobre a matéria de facto de 22 de Julho de 2016.

3º - O erro de julgamento, quer o *error facti* quer o *error in judicando*, somente pode ser banido pela via do recurso e, verificando-se, tem por consequência a revogação da decisão recorrida.

4º - O tribunal *a quo* considerou provado que a Recorrente recebeu do novo lojista todos os “Management Fee”, “Promotion Levy”, “Streetmosphere Levy” e “Food Court Levy”, de 1 de Maio de 2010 até 30 de Junho de 2011 que conseguiria receber se a Recorrida tivesse continuado a explorar o se estabelecimento na loja, bem como a quantia de HKD1.663.680,00 a título de “Base Fee” dos meses de Novembro de 2010 até 30 de Junho de 2011.” (v. Facto 52.º da decisão da matéria de facto de 22 de Julho de 2016).

5º - Assim, de acordo com o citado Facto 52.º, a quantia efectivamente recebida pelo novo lojista seria de HKD3,155,688.68, montante que resulta do somatório das verbas recebidas a título de “Base Fee” - HKD1,663,680.00 - e das recebidas a título de “Management Fee”, “Promotion Levy”, “Streetmosphere Levy” e “Food Court Levy”, pelo referido período de 1 de Maio de 2010 até 30 de Junho de 2011 - HKD1,491,988.68.

6º - No entanto, a decisão recorrida (v. fls. 360) indica, erradamente, que o Recorrente haveria recebido do novo lojista a quantia de HKD5,060,360.00, que de acordo com a sentença resulta do somatório de HKD3,396,680.00, recebidos a título de “Base Fee” de 1 de Maio de 2010 a 30 de Junho de 2011, e HKD1,663,680.00.

7º - A Sentença recorrida contradiz de uma forma clara e inegável a matéria de facto dada como provada, com isso, o Tribunal *a quo* comete um erro de julgamento ao decidir que a Recorrente havia recebido do novo lojista a quantia de HKD5,060,360.00, ao invés de apenas HKD3,155,688.68, conforme resulta do conteúdo Facto 52.º.

8º - Houvesse o Tribunal *a quo* decidido em acordo com o Facto 52.º, a decisão proferida havia de condenar a Recorrida no pagamento da quantia de HKD2,703,460.00 devida a título cláusula penal.

Nestes termos e nos melhores de Direito que V. Exas. doutamente suprirão, deverá a Sentença recorrida

ser revogada e substituída por decisão que se coadune com a pretensão exposta,

Assim se fazendo JUSTIÇA”.

*

Não houve resposta ao recurso.

*

Cumpre decidir.

II – Os factos

A sentença recorrida deu por assente a seguinte factualidade:

“A Autora é uma sociedade comercial que se dedica, entre outras actividades, à construção e gestão de centros comerciais.

No desempenho dessa actividade, a Autora promoveu a construção do centro comercial denominado THE GRAND CANAL SHOPPES, que entretanto mudou de nome para SHOPPES AT VENETIAN, sito no The Venetian Macao Resort Hotel, na Estrada da Baía de Nossa Senhora da Esperança, s/n, Taipa, Macau.

No âmbito da gestão e exploração do THE GRAND CANAL SHOPPES, a Autora procede à cessão remunerada de espaços comerciais a terceiros para que ali desenvolvam determinada actividade comercial.

Em Maio de 2008, a Autora celebrou com a Ré um contrato de cessão de direito ao uso de uma loja, em inglês “Agreement for the Grant of a Right to Use a Shop in the Grand Canal Shoppes at the Venetian Macao”.

O contrato celebrado entre a Autora e a Ré tem por objecto a cedência de uso da loja 2500, com a área aproximada de 1.733 pés quadrados, localizada no nível 3 do Grand Canal Shoppes at the Venetian Macao, com vista à instalação de um estabelecimento de comidas coreanas ou vietnamitas na área de restauração, sob a denominação comercial “HOMEEKA”.

A área da loja veio posteriormente a ser rectificada para 1.729 pés quadrados, conforme medição feita a pedido da Autora.

O contrato foi celebrado pelo prazo de 3 anos a contar do “commencement date” ou termo inicial, com o seu termo final no último dia de calendário decorridos 3 anos sobre o termo inicial.

Foi também acordado entre as partes que o termo inicial coincidiria com o fim do período para realização das obras de adaptação e decoração da loja ou “fit out period” ou com a data do início da exploração dos negócios pela Ré, se esta for mais tarde.

Sendo também acordado que o período para o “fit out period” realização das obras de adaptação e decoração da loja seria de 7 semanas, com início na data da entrega da loja para esse efeito por parte da Autora.

A loja foi entregue à Ré para efeitos de obras de adaptação e decoração

em 7 de Maio de 2008, pelo que tais obras deveriam terminar a 24 de Junho de 2008.

O contrato foi celebrado entre a Autora, na qualidade de proprietária (“Owner”), e a Ré, na qualidade de lojista (“Retailer”).

Como contrapartida pelo uso da loja, a Ré obrigou-se nos termos e condições do contrato, a pagar mensalmente à Autora uma denominada “Base Fee”, no montante mensal de HK242.620,00 durante desde o 6º mês até ao fim da duração do contrato.

A “Base Fee” era paga adiantadamente e vencia no dia 1 do mês a que respeitava.

A Ré obrigou-se também a proceder mensalmente ao pagamento, à Autora, das taxas de gestão ou taxas de participação nas despesas comuns do Centro Comercial, em inglês “Management Fee”, conforme previsto na cláusula 24, 26 e 27 do contrato, o qual, para o ano de 2008, foi fixado em HK19,50 por pé quadrado, perfazendo para 1.729 pés quadrados no montante mensal de HK33.715,00.

O “Management Fee” estava sujeito a ajustamentos anuais, de modo a reflectir as variações ocorridas nas despesas de gestão do centro comercial.

Pelo menos, desde Julho de 2009, o “Management Fee” foi ajustado para HK21,00 por pé quadrado, o que dá o valor mensal de HK36.309,00.

Em Janeiro de 2010, o “Management Fee” foi ajustado para HK15,00 por pé quadrado o que dá o valor mensal de HK25.935,00.

O “Management Fee” era pago adiantadamente e vencia no dia 1 do mês a que respeitava.

A Ré acordou também no pagamento, à Autora, de uma taxa de comparticipação nas despesas comuns de promoção do Centro Comercial, em inglês “Promotion Levy”, conforme previsto na cláusula 29 do Contrato, num montante mensal de HK2,20 por pé quadrado à data da celebração do contrato.

A Ré acordou também no pagamento, à Autora, de uma taxa de comparticipação nas despesas comuns de acções de entretenimento a ter lugar no Centro Comercial, em inglês “Streetmosphere Levy”, conforme previsto na cláusula 30 do contrato, num montante mensal de HK2,20 por pé quadrado à data da celebração do contrato.

O “Promotion Levy” e o “Streetmosphere Levy” estavam sujeitos a aumentos anuais de 5%, a entrar em vigor no dia 1 de Janeiro de cada ano de vigência do contrato.

O “Promotion Levy” e o “Streetmosphere Levy” eram pagas adiantadamente e venciam no dia 1 do mês a que respeitavam.

A Ré acordou no pagamento, à Autora, de uma taxa especial pelo facto de se tratar de um estabelecimento de comidas e bebidas localizado na área de restauração, designada por “Food Court Levy”, num montante mensal

de HK10,00 por pé quadrado à data da celebração do contrato.”

O “Food Court Levy” destina-se ao pagamento das despesas com limpeza, ar-condicionado, lavagens e outros custos directamente relacionados com a área de restauração.

Ficou acordado que o “Food Court Levy” seria revisto periodicamente, de modo a reflectir aqueles custos.

O “Food Court Levy” foi fixado para HK18,00 por pé quadrado pelo menos, para os meses de Junho e Julho de 2009, e para HK28,00 por pé quadrado a partir de Agosto de 2009.

O “Food Court Levy” era pago adiantadamente e vencia no dia 1 do mês a que respeita.

Acordou igualmente a Ré em proceder ao pagamento, à Autora, dos consumos de água, electricidade, gás, telefone, limpeza de esgotos e remoção de lixo que lhe fossem fornecidos/prestados pela Autora durante a vigência do contrato.

A Ré não procedeu ao pagamento das quantias indicadas nas facturas referidas no facto 36º.

Por essa razão, a Autora enviou à Ré a carta junta a fls. 122 a 142, datada de 4 de Janeiro de 2010, comunicando-lhe que aquela havia incumprido o contrato, ao não pagar a quantia HK2.135.358,33 e que, caso o incumprimento não cessasse no prazo de 8 dias a contar da

recepção da carta, o contrato seria dado por resolvido ao abrigo do disposto na cláusula 41 do contrato.

A Ré, mesmo depois de interpelada verbalmente pela Autora, não pagou as quantias indicadas na carta e restituiu a loja à Autora em 14 de Janeiro de 2010.

A Ré não pagou as seguintes quantias:

a. Factura n.º IGC008115, emitida em 12/06/2009, com vencimento em 01/07/2009, no montante total de HK318.038,98, a título de “Base Fee”, “Management Fee”, “Food Court Levy”, “Promotion Levy” e “Streetmosphere Levy”;

b. Factura n.º IGC008555, emitida em 01/07/2009, com vencimento em 14/07/2009, no montante total de HK8.893,19, a título de consumo de electricidade;

c. Factura n.º IGC008550, emitida em 13/07/2009, com vencimento em 01/08/2009, no montante total de HK9.277,33, a título de electricidade;

d. Factura n.º IGC009124, emitida em 14/07/2009, com vencimento em 01/08/2009, no montante total de HK318.038,98, a título de “Base Fee”, “Management Fee”, “Food Court Levy”, “Promotion Levy” e “Streetmosphere Levy”;

e. Factura n.º IGC009445, emitida em 28/07/2009, com vencimento em 15/08/2009, no montante total de HK8.275,93, a título de consumo de

electricidade;

f. Factura n.º IGC009783, emitida em 11/08/2009, com vencimento em 01/09/2009, no montante total de HK335.328,98, a título de “Base Fee”, “Management Fee”, “Food Court Levy”, “Promotion Levy” e “Streetmosphere Levy”;

g. Factura n.º IGC010070, emitida em 15/08/2009, com vencimento em 01/09/2009, no montante total de HK8.598,88, a título de consumo de electricidade;

h. Factura n.º IGC010485, emitida em 10/09/2009, com vencimento em 01/10/2009, no montante total de HK335.328,98, a título de “Base Fee”, “Management Fee”, “Food Court Levy”, “Promotion Levy” e “Streetmosphere Levy”;

i. Factura n.º IGC0100794, emitida em 15/09/2009, com vencimento em 01/10/2009, no montante total de HK8.741,07, a título de consumo de electricidade;

j. Factura n.º IGC011209, emitida em 14/10/2009, com vencimento em 01/11/2009, no montante total de HK335.328,98, a título de “Base Fee”, “Management Fee”, “Food Court Levy”, “Promotion Levy” e “Streetmosphere Levy”;

k. Factura n.º IGC011526, emitida em 20/10/2009, com vencimento em 01/11/2009, no montante total de HK8.587,10, a título de consumo de electricidade;

l. Factura n.º IGC011987, emitida em 09/11/2009, com vencimento em 01/12/2009, no montante total de HK335.328,98, a título de “Base Fee”, “Management Fee”, “Food Court Levy”, “Promotion Levy” e “Streetmosphere Levy”;

m. Factura n.º IGC012538, emitida em 18/11/2009, com vencimento em 01/12/2009, no montante total de HK9.349,95, a título de consumo de electricidade;

n. Factura n.º IGC013264, emitida em 10/12/2009, com vencimento em 01/01/2010, no montante total de HK10.502,40, a título de consumo de electricidade;

o. Factura n.º IGC012988, emitida em 10/12/2009, com vencimento em 01/01/2010, no montante total de HK325.369,94, a título de “Base Fee”, “Management Fee”, “Food Court Levy”, “Promotion Levy” e “Streetmosphere Levy”.

Depois do envio da carta junta a fls. 122 a 142, foram emitidas as seguintes facturas:

a. Factura n.º IGC013956, emitida em 12/01/2010, com vencimento em 01/02/2010, no montante total de HK10.199,83, a título de consumo de electricidade;

b. Factura n.º IGC014610, emitida em 09/02/2010, com vencimento em 23/02/2010, no montante total de HK5.320,76, a título de consumo de electricidade.

Foi, em 20 de Janeiro de 2010, emitida uma nota de crédito a favor da Ré, conforme Fatura n.º IGC014016, no montante de HK178.428,68.

A Ré havia prestado a favor da Autora um depósito caução, no valor de HK1.455.720,00, destinada a garantir o pontual e completo cumprimento das suas obrigações contratuais.

Nos termos do disposto nos n.ºs 7 e 8 da cláusula 41 do contrato, tem a Autora direito a ser indemnizada pelo incumprimento imputável à Ré, de modo a cobrir todos os danos sofridos e, nomeadamente, as perdas relativas ao período em que a loja em causa esteve desocupada, lucros cessantes resultantes da diferença de valor entre os montantes devidos pela Ré e os que vierem a ser estabelecidos com terceiros que venham a ocupar a loja e, bem assim, todos os danos que possam resultar para o Centro Comercial no seu todo.

A Autora conseguiu encontrar entretanto um novo lojista para a loja 2500 ao abrigo de um contrato de cessão de loja em centro comercial iniciado a 1 de Maio de 2010.

Desse lojista, a Autora recebeu todos os “Management Fee”, “Promotion Levy”, “Streetmosphere Levy” e “Food Court Levy”, de 1 de Maio de 2010 até 30 de Junho de 2011 que a Autora conseguiria receber se a Ré tivesse continuado a explorar o seu estabelecimento na loja, bem como a quantia de HK1.663.680,00 a título de “Base Fee” dos meses de Novembro de 2010 até 30 de Junho de 2011.

A falta de pagamento de qualquer das quantias indicadas no prazo contratual faz a Ré incorrer em mora, com a consequente necessidade de pagamento de juros moratórios.

As partes estipularam, para o efeito, uma taxa correspondente ao triplo da taxa de juros legal.

As partes acordaram no contrato que todos os impostos devidos pela assinatura do contrato, designadamente imposto do selo, seriam suportados pela Ré.”

III – O Direito

1 - O único ponto da impugnação no presente recurso relativamente à sentença recorrida reside no montante indemnizatório nela arbitrado com assento na cláusula penal constante do contrato, e segundo a qual a ré, em caso de incumprimento seu, pagaria à autora o equivalente à soma dos valores alusivos às “Base Fee”, “Management Fee”, “Promotion Levy”, “Streetmosphere Levy”, “Food Court Levy” entre o momento da resolução do contrato e o termo estipulado no contrato.

Segundo a 1ª instância, esse valor cifrava-se em HK\$ 798.788,68, do qual a recorrente discorda.

A sentença recorrida teve em consideração que o período de 3 anos do contrato terminaria no dia 30 de Junho de 2011 e que a resolução do

contrato se reporta a 1 de Janeiro de 2010. Feitas as contas, concluiu que se não tivesse havido a resolução, a autora receberia entre 1/01/2010 e 30/06/2011 a quantia de HK\$ 5.859.148,68, e que esta seria a indemnização a receber por força da cláusula penal em apreço.

Todavia, tendo a autora cedido a fruição da loja terceiro, de quem recebeu a importância de HK\$ 5.060.360,00, a sentença ajuizou que a autora apenas poderia receber àquele título de cláusula penal o montante correspondente à diferença entre HK\$ 5.859.148,68 e HK\$ 5.060.360,00, ou seja, **HK\$ 798.788,68**.

É contra esta diferença que a recorrente se mostra inconformada, pois em seu entender a decisão sob escrutínio incorreu em lapso manifesto.

Vejamos quem, a nosso ver, tem razão.

*

2 - A sentença, feitas as contas a partir da “Base fee”, “Management fee”, “Promotion Levy”, “Streetmosphere Levy”, “Food Court Levy”, concluiu que, no período compreendido entre 1 de Janeiro de 2010 e 30 de Junho de 2011, a autora receberia da ré o valor total de HK\$5.859.148,68.

Estamos de acordo com tal conclusão, e também o está a recorrente, se tivermos em consideração os montantes parciais de HK\$ 4.367.160,00, HK\$ 466.830,00, HK\$ 76.871,34, 76, HK\$ 76.871,34, 76 e HK\$ 871.416,00 reportados respectivamente a cada uma daquelas parcelas de responsabilidade contratual. São valores parciais exactos segundo os

cálculos que efectuámos.

Mas, depois, a sentença concluiu estar provado que a autora recebeu de outro lojista - a quem terá cedido o espaço da loja inicialmente cedida contratualmente à ré – a quantia de HK\$ 5.060.360,00, a título de “Base fee” (HK\$ 1.663.680,00) e de somatório das restantes parcelas de responsabilidade contratual (HK\$ 3.396.680,00). E, por assim ser, subtraiu este valor de HK 5.060.360,00 ao montante de HK\$ 5.859.148,68 que a autora poderia ter recebido, encontrando desse modo o valor da indemnização correspondente à cláusula penal a atribuir: HK\$ 798.788,88.

Parece, porém, que o juiz da 1ª instância se equivocou no manuseamento dos números.

Efectivamente, e se tomarmos em consideração cada uma das parcelas de responsabilidade, e o período pelo qual o novo contratante fez uso da loja (de 1 de Maio de 2010 a 30 de Junho de 2011) temos:

- *Management Fee*: 25.935,00 x 14 meses.....363.090,00

- *Promotion Fee*: $2.43^1 \times 1729^2 \times 8^3$ 33.611,76;

- *Promotion Fee*: $2.55^4 \times 1729 \times 6^5$ 26.453,70;

Total parcial...60.065,46

¹ Factos 21, 22 e 23 da BI, dados por provados. Este valor de 2.43 por pé quadrado corresponde ao ano de 2010

² Área da loja, conforme art. 15º da BI.

³ Período em meses entre Maio e Dezembro de 2010.

⁴ O valor de 2.55 por pé quadrado corresponde ao ano de 2011.

⁵ Período em meses entre 1 de Janeiro e 30 de Junho de 2011.

- *Streetmosphere Levy*⁶:60.065,46

- *Food Court Levy*: 28,00⁷ x 1729 x 14 meses..677.768,00

Total...**1.160,988,92**

A esta importância haverá que acrescer o valor de 1.663.680,00 dado como provado no art. 53º da BI a título de “Base Fee”, encontraremos o valor global de **HK\$ 2.824.668,92** que a autora da acção recebeu do novo lojista.

Mas, sendo assim, e seguindo o mesmo trilho mental observado pela 1ª instância (e ninguém suscitou qualquer outra questão a este respeito), se os números não nos enganarem também, o prejuízo concernente à diferença entre o recebido efectivamente e o abstractamente possível foi de **3.034.479.76** (5.859.148,68 - 2.824.668,92).

Por aqui se vê que a sentença incorreu em claro lapso de contas, que se repercute em erro de julgamento final.

No entanto, como a pretensão manifestada na petição inicial a este título se ficou pelo valor de **HK 2.881,521.58**, será esta a indemnização a ter em conta, face ao limite da consignação estabelecido legalmente no art. 564º, nº1, do CPC.

⁶ Igual ao Promotion Fee

⁷ Valor de 28,00 por pé quadrado (cfr. facto 28 da BI)

V – Decidindo

Face ao exposto, acordam em julgar provido o recurso jurisdicional e, em consequência revogam na parte impugnada a sentença recorrida e condenam a ré/recorrida “B” a pagar à autora da acção “A” a quantia de HK\$ **2.881,521.58**, sem prejuízo do ali decidido quanto à parte não objecto do recurso.

Custas pela recorrida.

T.S.I., 23 de Novembro de 2017

José Cândido de Pinho

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong