

**Processo nº 699/2013**

**Data do Acórdão: 25JUN2015**

**Assuntos:**

**Centros comerciais**

**Contrato inominado**

**Contrato atípico**

**Resolução de contrato**

**Alteração das circunstâncias**

**Cláusula penal compensatória**

**Cláusula penal compulsória**

## **SUMÁRIO**

1. É atípico ou inominado o contrato de cedência temporária para a instalação de uma loja, mediante uma retribuição, num centro comercial. Sendo o contrato inominado ou atípico que é, rege-se pelas regras e princípios reguladores dos contratos em geral.
2. Não é subsumível ao conceito “alteração das circunstâncias” a que se refere a previsão do artº 431º/1 do CC a exploração deficitária de uma loja que não é mais do que a concretização dos riscos próprios das actividades comerciais nela exercidas.
3. Quando à cláusula penal é atribuída a função reparatória dos danos previsíveis, a pena é compensatória.
4. Se a cláusula penal é tida como meio de coerção para o cumprimento integral do contrato, estamos perante uma pena

compulsória.

O relator

Lai Kin Hong

## Processo nº 699/2013

Acordam em conferência na Secção Cível e Administrativa no Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

### I

No âmbito dos autos da acção ordinária, registada sob o nº CV1-10-0016-CAO, do 1º Juízo Cível do Tribunal Judicial de Base, foi proferida a seguinte sentença:

#### I) RELATÓRIO

**Vvv Cotai S.A.**, sociedade constituída segundo as leis da RAEM, melhor identificada na petição inicial (doravante designada por Autora – A.), intentou neste Tribunal Judicial de Base a presente acção ordinária contra **MMM Macau Limitada**, sociedade com sede em Macau (doravante designada por 1ª Ré), e **Mmm Asia Limited**, sociedade com sede em Hong Kong (doravante designada por 2ª Ré), melhor identificadas nos autos, com os fundamentos consignados na petição inicial a fls. 2 e seguintes, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

Concluindo, pede, a final, que seja a presente acção julgada procedente, e se condene as RR. a pagar à A. a quantia de HKD\$499.564,99, respeitante ao montante total em dívida relativamente aos valores mensais vencidos e não pagos conforme o acordado, e a quantia de HKD\$2.632.632,47, correspondente ao valor indemnizatório a título de cláusula penal.

\*

Regularmente citadas as RR., apresentaram contestação, tendo suscitado excepções e impugnado os factos articulados pela A.

Mais deduziram as RR. pedido reconvençional, pedindo que se condene a A. a devolver parcialmente a caução no valor de HKD\$452.217,94, e as despesas gastas com a decoração e equipamentos da loja, relativas aos prejuízos operacionais, restituição das prestações realizadas pela 1ª R. (que inclui honorários de inspecção, depósito caução e renda base adiantada) e lucros cessantes, no montante de HKD\$7.085.417,05;

Subsidiariamente, pedem a declaração da anulação do contrato e, em consequência, a condenação da A. em restituir à 1ª R. o que ela prestou em cumprimento do contrato, no valor de HKD\$588.217,94, relativo a honorários de inspecção, depósito caução e renda base adiantada;

Subsidiariamente, a 1ª R. pede que seja convertida em denúncia a resolução que fez do contrato e que seja declarada válida a denúncia antecipada do contrato comunicada pela 1ª R. à A. em 25 de Setembro de 2009 e, em consequência, se condene a A. a restituir à 1ª R. o valor de HKD\$571.217,94, relativo a depósito caução e renda base adiantada.

Subsidiariamente, pugna pela improcedência da acção, no sentido de se julgar improcedente o pedido da A. na parte em que pede a condenação da 1ª R. a pagar um valor de HKD\$289.337,66, por conta das rendas e demais encargos pelo período de 1 de Outubro de 2010 até à data da resolução da A., em 17 de Novembro de 2009, e se declarar nula a cláusula penal prevista na cláusula 38.8 do contrato;

Subsidiariamente, requer ao Tribunal que se reduza o valor da cláusula penal prevista na cláusula 38.8 do contrato, sugerindo como razoável um valor máximo correspondente a 3 meses de renda base.

\*\*\*

## **II) FUNDAMENTOS DE FACTO E DE DIREITO**

Face à prova documental constante dos autos e à produzida na audiência, resulta provada a seguinte matéria fáctica com interesse para a decisão da causa:

A A. é uma sociedade comercial que se dedica, entre outras

actividades, à construção e gestão de centros comerciais, tendo no âmbito dessa actividade promovido a construção do centro comercial denominado THE SHOPPES AT XXXX XXXX COTAI STRIP sito no The Vvv Macau Resort Hotel, Estrada da Baía de Nossa Senhora da Esperança, s/n, Taipa, Macau, centro comercial esse de que é dona e legítima proprietária. (A)

No âmbito dessa actividade a A. celebrou em 22 de Fevereiro de 2008 com a 2ª R. MMM ASIA LIMITED, um acordo escrito, redigido em língua inglesa, que intitularam de «Agreement for the Grant of a Right of Use a Shop in the Shoppes at XXXX XXXX Cotai Strip Macao», relativo ao uso da loja \*\*\*\* sita naquele centro comercial e tendo em vista a instalação de um estabelecimento de venda de artigos de luxo como óculos e outros acessórios de moda, conforme resulta do documento de fls. 21 a 66 dos autos, cujo teor integral aqui se dá por reproduzido. (B)

Em 10 de Maio de 2008, a A., a 2ª R., MMM ASIA LIMITED e a 1ª R., MMM MACAU LIMITADA, celebraram um acordo escrito, redigido em língua inglesa, que designaram por “Assignment and Adherence Agreement”, através do qual a 2ª R. cedeu a sua posição contratual à 1ª R., no negócio aludido em B) conforme resulta do documento de fls. 67 a 70 dos autos, cujo teor integral aqui se dá por reproduzido. (C)

Na sequencia do acordado em B) e C), a A. facturou à 1ª R. os seguintes valores relativos a «Base Fee», «Management Fee», «Promotion Levy» e os consumos de electricidade, relativos ao período que medeia entre 15 de Abril de 2009 e 1 de Novembro de 2009:

a) Factura nº ISF000701, emitida em 15/04/2009, com vencimento em 01/05/2009 no montante de HKD\$132.928,74;

b) Factura nº ISF000760, emitida em 01/05/2008, com vencimento em 01/06/2009 no montante de HKD\$300,00;

c) Factura nº ISF000881, emitida em 20/05/2009, com vencimento em 01/06/2009 no montante de HKD\$6.567,83;

d) Factura n° ISF000827, emitida em 13/05/2009, com vencimento em 01/06/2009 no montante de HKD\$132.928,74;

e) Factura n° ISF000963, emitida em 12/06/2009, com vencimento em 01/07/2009 no montante de HKD\$132.928,74;

f) Factura n° ISF001033, emitida em 1/07/2009, com vencimento em 14/07/2009 no montante de HKD\$3.401,07;

g) Factura n° ISF001090, emitida em 13/07/2009, com vencimento em 01/08/2009 no montante de HKD\$2.863,94;

h) Factura n° ISF001214, emitida em 28/07/2009, com vencimento em 15/08/2009 no montante de HKD\$2.815,85;

i) Factura n° ISF001149, emitida em 14/07/2009, com vencimento em 01/08/2009 no montante de HKD\$132.928,74;

j) Factura n° ISF001332, emitida em 15/08/2009, com vencimento em 01/09/2009 no montante de HKD\$3.133,38;

l) Factura n° ISF001276, emitida em 07/08/2009, com vencimento em 01/09/2009 no montante de HKD\$132.928,74;

m) Factura n° ISF001474, emitida em 15/09/2009, com vencimento em 01/10/2009 no montante de HKD\$2.501,56;

n) Factura n° ISF001420, emitida em 10/09/2009, com vencimento em 01/10/2009 no montante de HKD\$132.928,74;

o) Factura n° ISF001592, emitida em 14/10/2009, com vencimento em 01/11/2009 no montante de HKD\$2.198,43;

p) Factura n° ISF001539, emitida em 13/10/2009, com vencimento em 01/11/2009 no montante de HKD\$132.928,74;

q) Factura n° SF0000000048, emitida em 30/10/2009, com vencimento em 06/11/2009 no montante de HKD\$21.281,75. (D)

Para caucionar o cumprimento das obrigações decorrentes da celebração do negócio aludido em B) a 1.ª R. entregou à A., em 22 de

Fevereiro de 2008 a quantia de HKD\$476.000,00 (quatrocentos e setenta e seis mil dólares de Hong Kong). (E)

A A. utilizou o montante referido em E) para pagamento parcial dos montantes facturados e aludidos em D). (F)

Nos acordos aludidos em B) e C) a 2ª R. MMM ASIA LIMITED, constituiu-se como fiadora e principal pagadora de todas as obrigações assumidas pela 1ª R. com expressa renúncia ao benefício da excussão prévia. (G)

Ao abrigo do acordo aludido em B) a 1ª R. entregou à A., ainda, as seguintes prestações:

Honorários de Inspeção (“Vetting Fee”): HKD\$17.000,00 (Item 6 do Anexo (“Schedule”) do Contrato;

Renda Base Adiantada (“Advanced Base Fee”): HKD\$119.000,00 (Item 16 do Anexo do Contrato. (H)

O acordo aludido em B) termina com apêndices onde se contemplam as condições particulares de cada lojista do aludido centro comercial. (I)

Numa reunião realizada entre as RR. e a A. em meados de 2007, a segunda fez a apresentação do complexo comercial da Vvv no Cotai, procedeu a um relato circunstanciado dos planos que tinha para esse complexo e fez uma série de projecções do que viria a ser o complexo de Vvv. (J)

Para elucidar a 2ª R. sobre o teor do projecto, a A. deu como exemplo referência o “The Grand Canal Shoppes” do Vvv em Las Vegas, para que assim a 2ª R. tivesse uma ideia daquilo que a A. já tinha conseguido noutro local com evidente sucesso, tendo-lhe sido entregue um prospecto com a apresentação do complexo de Las Vegas(L)

Em meados de 2007, a Vvv Marketing Services Ltd., através da Sra. Ttt, com a posição de “Leasing Manager, Retail Development” abordou a Mmm Asia Ltd., ora 2ª R., na pessoa do seu Administrador Sr. Kkk, para a convidar a abrir uma loja para comercializar os óculos e produtos

congêneres da marca “Mmm” no complexo comercial da Vvv no COTAI, formado pelos centros comerciais “The Grand Canal Shoppes at The Vvv Macau”, o CC XXXX XXXX, e os hotéis Vvv, XXXX XXXX e os hotéis planeados para o espaço adjacente ao XXXX XXXX a explorar por grandes marcas hoteleiras internacionais. (M)

A Vvv Marketing Services Ltd. é uma empresa do grupo de empresas de que a A. faz parte e presta serviços à A. como sua agente para a promoção e angariação de lojistas para centros comerciais que integram o complexo comercial da Vvv no COTAI. (N)

Durante a reunião de apresentação do complexo comercial da Vvv no COTAI, a Vvv Marketing declarou à 2ª R. que o Complexo Comercial seria de topo, de 1ª Classe, não só em termos de estrutura, acabamentos e acessibilidades, mas também em termos de gestão, “tenant mix”, ambiente (“streetmoshere”), publicidade e promoção de eventos. (O)

A Vvv Marketing informou a 2ª R. que dirigiu convites e já tinha cartas de oferta (“Letters of Offer”) de várias marcas mundiais famosas para abrirem lojas no Complexo Comercial e que a Loja Aaa Mmm seria uma delas. (P)

A Vvv Marketing declarou à 2ª R. que seriam organizados vários eventos regulares para promover os centros comerciais da Vvv no Complexo Comercial e para atrair visitantes aos mesmos numa base diária. (Q)

A Vvv Marketing invocou à 2ª R. que a empresa holding da A., a Las Vegas Sss Corp., tinha o melhor registo de sucesso nas áreas de entretenimento e retalho, facto que era provado pelos resultados fantásticos do “The Vvv Las Vegas”. (R)

A Vvv Marketing afirmou também que não era apenas a “promessa de lojas de topo que atrairia as pessoas ao magnífico resort”, mas, sobretudo, o conjunto de serviços prestados e estrutura envolvente do Complexo Comercial. (S)

A Vvv Marketing declarou à 2ª R. que de acordo com o projecto, os

estudos e projecções feitas, o Complexo Comercial seria o espelho do sucesso notável do “The Grand Canal Shoppes” do Vvv em Las Vegas, apresentando como referência os números deste último, a saber: 45.000 visitantes por dia; 1.5 milhões de visitantes por mês; 20 milhões de visitantes por ano; uma média de visita a 5.3 lojas por cada visitante, com uma média de consumo por visita de USD131 (cerca de MOP1020 @ USD1 = MOP7.8) (T)

A Autora declarou à 2.<sup>a</sup> R. que o Complexo Comercial seria a “Mecca” do consumo, e que o Vvv Macau seria o centro do Cotai Strip. (U)

A Vvv Marketing declarou à 2.<sup>a</sup> R. que, como parte integrante de todo o projecto e como meio de dinamizar a clientela do Complexo Comercial, até ao final de 2008 seriam construídos mais hotéis nas áreas circundantes, referindo as cadeias internacionais Hilton e Starwoods Resorts, suspensos indefinidamente. (V)

À data em que a 2.<sup>a</sup> R. foi contactada e na data em que subsequentemente acordou tal como resulta assente em B), o CC XXXX XXXX ainda não tinha sido inaugurado. (X)

Em 25 de Outubro de 2007, a A. preparou e apresentou uma carta proposta “Letter of Offer” à 2.<sup>a</sup> R. relativa à Loja \*\*\*\* do CC XXXX XXXX, em conformidade com o teor do documento junto a fls. 421 a 426 dos autos cujo teor integral aqui se dá por reproduzido. (Z)

Em 6 de Novembro de 2007, a 2.<sup>a</sup> R. assinou a “Letter of Offer”. (AA)

A constituição da sociedade 1.<sup>a</sup> R. e a cessão aludida em C) foram imposições da Autora à 2.<sup>a</sup> R., por força da cláusula 13 da “Letter of Offer”. (AB)

Em 2 de Junho de 2008, quando a inauguração do CC XXXX XXXX tinha sido protelada para Agosto de 2008, a Autora informou a 1.<sup>a</sup> R. do “tenant mix” do CC XXXX XXXX que existiria à data da inauguração. (AC)

Em 25 de Agosto de 2008, a A. fez circular o programa da inauguração do CC XXXX XXXX (o “Programa de Inauguração”) em simultâneo com a inauguração do Hotel XXXX XXXX, o Ppp Casino e o espectáculo Zzz. (AD)

O pré-aviso da inauguração do centro comercial foi feito apenas com três dias de antecedência. (AE)

A Aaa Mmm não foi convidada pela A. para a conferência conjunta entre a A. e os principais retalhistas. (AF)

A A. não convidou o Director Executivo e Gerente Geral (“CEO/GM”) do Grupo Aaa Mmm para a Inauguração do centro comercial. (AG)

No dia da inauguração da mega-loja da “DFS” no r/c, em 29.08.2008, as escadas rolantes do Piso do Lobby para o Piso M, com chegada junto à loja da Mmm estavam bloqueadas e inacessíveis sem que a A. tivesse dado qualquer pré-aviso à 1ª R. (AH)

Em 13.11.2008 os responsáveis da A. e 1ª R. reuniram em Macau para debater a situação da loja da segunda, tendo após a reunião ficado em cima da mesa as seguintes hipóteses: (1) Mudança do local da Loja Mmm; (2) Extensão por um período adicional de 12 a 158 meses de isenção de Renda Base; e (3) Resolução/acordo de revogação; denúncia antecipada do Contrato. (AI)

Por esta altura, a A. tinha substituído toda a sua Equipa de Gestão de Retalho e deu também notícia durante a reunião que tinham previstos vários programas de marketing e outros tipos de promoção do CC XXXX XXXX. (AJ)

Em 06.02.2009, a A. propôs à 1ª Ré mais três (3) meses de renúncia à Renda Base, além dos quatro meses iniciais, acrescidos de dois meses subsequentes, num total de seis meses de renúncia de Renda Base que a A. já havia anteriormente concedido à 1ª R., na condição de a 1ª R. renunciar a todos os direitos de indemnização que pudesse eventualmente ter por causas de incumprimento de obrigações da A. até essa data. (AL)

Em 25.09.2009, a 1.<sup>a</sup> R. restituiu à A. a Loja, entregando-lhe as chaves, tendo a A. acusado recepção das chaves nessa mesma data. (AM)

A A., em 10 de Novembro de 2009, comunicou às RR., por escrito, que deveriam pagar as quantias facturadas e aludidas em D) no prazo de 8 dias a contar da recepção dessa carta, sob pena de não o fazendo, se considerar o contrato resolvido por incumprimento imputável à R. (AN)

Essa comunicação foi recebida pelas RR. em 17 de Novembro de 2009. (AO)

Em 16.04.2010 a 1.<sup>a</sup> R solicitou à A. a denúncia antecipada do Contrato, elencando o sumário das principais razões para o efeito que foram sendo apresentadas ao longo do tempo, com o resultado no baixo tráfego de visitantes do CC XXXX XXXX e no Piso M em particular. (AP)

A 1.<sup>a</sup> R. deve à A., a título de consumos de electricidade na aludida loja, e do custo de cartões de staff a quantia de HKD\$23.782,06. (AQ)

O Centro Comercial “XXXX XXXX” integra-se numa infra-estrutura que obedece ao conceito de resort integrado, constituído por áreas de casino, de comércio, hotéis, restaurantes, áreas de entretenimento e de espectáculo, etc. estando directamente ligado ao “The Grand Canal Shoppes”. (AR)

Desde 1978, quando foi criada a marca “Mmm” a partir do estúdio original em Paris, até 2006, o grupo Aaa Mmm internacionalizou-se e tem abertas várias lojas por todo o mundo, tendo presentemente 22 lojas, nomeadamente nos Estados Unidos (3 lojas), Alemanha (2 lojas), Finlândia (1 loja), Hong Kong (3 lojas), Itália (1 loja), Japão (6 lojas), França (5 lojas) e Taiwan (1 loja). (AS)

As lojas “Mmm” localizam-se nas principais cidades da moda dos países em que o grupo tem operações, nomeadamente Nova York, Berlim, Dusseldorf, Helsinquia, Hong Kong e Kowloon, Milão, Toquio, Nagoya, Osaka, Paris, St Germain en Laye e Taipé. (AT)

Para além das suas lojas, os produtos da marca “Mmm” são também vendidos, entre outros países, na Austrália, Espanha, Holanda, Bélgica, Singapura e Tailândia, através de agentes locais. (AU)

Em 2000, a empresa Mmm empregava 220 pessoas, com vendas de aproximadamente 220 milhões de francos franceses. (AV)

A primeira e única loja que a 2ª R. abriu em Macau foi no CC XXXX XXXX da A. (AX)

Desde que se iniciou a operação da aludida Loja, até ao seu encerramento e restituição à A., nunca as RR. conseguiram facturar um montante que gerasse o direito da A. de receber Participação na Facturação. (2º)

O acordo aludido em B) foi estruturado e minutado de antemão pela A. para ser usado em todos os negócios a celebrar com lojistas do CC XXXX XXXX. (3º)

O acordo escrito designado “Letter of Offer” celebrado entre a 2ª R. e a A. que antecedeu a celebração do negócio aludido em B), também foi minutado de antemão pela A. (4º)

Tendo a A. estabelecido que o lojista, ora 2ª R., aceita celebrar o contrato definitivo em conformidade com os termos e condições gerais usados para todos os contratos que a Autora celebra com os lojistas do CC XXXX XXXX. (5º)

Nenhuma das RR. foi inicialmente informada pela Autora de quais seriam as marcas que efectivamente estariam representadas no Centro Comercial. (8º)

Só em 20 de Março de 2008, após várias solicitações da 2ª R., a A., por correio electrónico, informou a 2ª R. sobre quem se previa serem os arrendatários das outras lojas no Piso M. (9º)

Por esta altura, com a inauguração então prevista para final de Abril de 2008, tinham sido assinados 7 contratos definitivos para ocupação de lojas no piso M do Centro Comercial XXXX XXXX. (10º)

As lojas que formavam o Piso M, eram as seguintes:

- a) duas lojas de serviços financeiros;
- b) uma de produtos medicinais chineses;
- c) duas joelharias;
- d) uma loja de produtos de beleza (“Fish SPA”);
- e) um restaurante;
- f) duas lojas de vendas de vinho;
- g) uma loja de antiguidades;
- h) uma loja de antiguidades e galeria de pintura;
- i) uma loja galeria de pintura. (11º, 15º e 16º)

O Piso M consiste num meio piso por referência aos Pisos 1 (r/c) e Piso 2 do CC XXXX XXXX e apresenta-se de uma forma isolada. (12º)

O “tenant mix” do piso M dificulta uma dinâmica de curiosidade e interesse e, conseqüentemente, de gerar tráfego e consumo pelos visitantes do CC XXXX XXXX. (17º)

No piso M do aludido centro comercial, de entre as lojas previstas, seis estavam ainda fechadas em 05.05.2010, por nunca terem aberto. (18º)

Uma dessas lojas do Piso M, ao contrario das normas do CC XXXX XXXX impostas pela A., nem sempre está aberta. (19º)

A 1ª R. transmitiu à A., nos diversos emails trocados entre 21.05.2008 e 29.05.2008, a sua preocupação em, de forma organizada, programar e desenvolver o marketing associado à abertura da Loja em simultâneo com a inauguração do CC XXXX XXXX. (20º)

A A. esteve sistematicamente indisponível para reunir com a 1ª R. (21º)

Provado apenas o teor das alíneas AD) e AE) dos factos assentes.

(22º)

De acordo com o Programa de Inauguração do Centro Comercial XXXX XXXX, não houve uma única actividade ou evento programado e realizado para o Piso M. (23º)

O Piso M (denominado também de “M floor”) foi excluído do Press & VIP Tour no dia da inauguração. (24º)

A A. não conferiu à loja da 1.ª R. qualquer exposição pública no momento da inauguração do Centro Comercial. (25º)

A A. não incluiu informação sobre a Loja “Mmm” no press release da inauguração do Centro Comercial. (26º)

Desde princípios de Maio que a 1ª R. vinha solicitando informação à A. relativamente à data da inauguração do centro comercial. (27º)

O Programa de Inauguração, relativamente às acções subsequentes ao dia da inauguração, resumiu-se a dois itens:

a) anúncios na imprensa, limitados a Hong Kong, Macau e China, na maior parte dos casos não-diária; anúncios em táxis de Macau, outdoors em Hong Kong e Macau; anúncios em quatro (4) sites na internet e três motores de busca na internet: “Baidu, Yahoo, Google”;

b) um evento de uma semana: “Macau Fashion Week”, sem qualquer indicação dos detalhes sobre o evento. (28º)

Sempre que a 1ª R. pedia o apoio da Vvv era-lhe respondido “Têm que ser compreensivo os da posição da vossa marca, que não é uma marca internacional. (29º)

À marca do grupo Aaa Mmm nunca era dada prioridade nos programas de promoção realizados. (30º)

A pessoa de contacto do departamento de Marketing da A. estava frequentemente incontactável: conta de e-mail cheia, voice mail do telefone sempre cheio e as respostas a qualquer solicitação da 1ª R. eram sempre dadas com bastante atraso. (31º)

A imprensa deu uma exposição muito limitada, desde a inauguração até ao encerramento, à loja da 1ª R. (32º)

A A. não providenciou instalações para imprensa e de suporte para tours de imprensa organizados pelos lojistas para promoção das suas marcas. (34º)

A A. não promoveu a publicidade da marca das RR. nos suportes de publicidade do Complexo Comercial, como por exemplo a publicidade rotativa no placard da Vvv ou do CC XXXX XXXX, ou nos anúncios televisionados do Cotai Jet. (35º)

A A. cobra às RR., todos os meses, honorários de Promoção (“Promotion Fee”). (36º)

Em 23.10.2008, a 1ª R. dirigiu à A. uma carta em que resumia todos os aludidos factos relativos à performance da Equipa de Marketing. (37º)

Para cobrir um custo operacional mensal então de HKD\$75.640,00, a 1ª R. facturou em Agosto de 2008, HKD\$38.384,00. (38º)

Em Setembro de 2008, HKD\$67.449,00. (39º)

E em Outubro de 2008, HKD\$78.245,00. (40º)

Registando a loja Mmm um tráfego semanal de 10 pessoas ao longo de um período de três meses. (41º)

A 1ª R., por correio electrónico de 26.11.2008, confirmado formalmente por carta de 08.01.2009, comunicou à A. que tinha razões para o não cumprimento do acordado em B). (42º)

Em 22.01.2009, a A. aceitou que a 1ª R. suspendesse o pagamento da Renda Base até uma decisão do seu nível de gestão superior (“Senior Management”) que remeteu para meados de Fevereiro. (43º)

A 1ª R. sofreu um prejuízo operacional de HKD\$819.641,26, desde Agosto de 2008 a Março de 2010. (44º)

A 1ª R. suportou custos de decoração e equipamento da Loja no

montante de HKD\$1.718.255,85. (45º)

Em 25.09.2009, à falta de notícias da A., a 1ª R., por e-mail e EMS, comunicou à A. a sua decisão de resolver o Contrato. (46º)

A A. declarou à 1ª R. que tinha grande capacidade de gestão e promoção de centros comerciais, de 1ª Classe. (47º e 48º)

A 1ª R. notificou a A. de que iria passar a exercer a sua faculdade de excepção de não cumprimento do Contrato por correio electrónico, confirmado por carta, datados respectivamente de 26.11.2008 e de 08.01.2009. (50º)

A loja da Mmm no Pacific Place em Hong Kong no período de Agosto de 2008 a Setembro de 2009 (13 meses), correspondente ao período de abertura da Loja Mmm no CC XXXX XXXX, gerou um lucro, antes de impostos, de HKD\$3.959.302,31. (51º)

Quando negociou e contratou com a A., a 1ª R estimou uma facturação média mensal para a Loja Mmm em Macau de HKD\$800.000,00 por mês, conforme informou à A. na sua carta de 23.10.2008. (52º)

Estimou um custo operacional médio de HKD\$194.640,00, o que daria para a Loja Mmm de Macau um lucro mensal médio, antes de impostos, de HKD\$405.360,00. (53º)

Na fase de negociação do acordo aludido em B) a A. entregou os documentos constantes dos autos a fls. 788 a 818. (54º)

A minuta do acordo aludido em B) foi enviada à 2ª R. no dia 25.10.2007. (55º)

Nessa dia, por e-mail enviado para a 2ª R, a A. enviou-lhes ainda a “proposta contratual”, os esboços e questões relativas à concepção da loja e um folheto informativo sobre o contrato de utilização de loja em centro comercial. (56º)

Em seguida, foi trocada diversa correspondência entre a 2ª R. e a A., por correio electrónico, relativa ao conteúdo do contrato. (57º)

No apêndice 8 ao acordo aludido em B) constam as condições especiais à referida minuta contratual. (58º e 59º)

A A. realizou um forum de marketing no dia 24.06.2008 tendo as RR. sido convidadas para tal evento. (61º)

O Centro Comercial começou a funcionar em 28.08.2008 e nessa data a loja das RR. já se encontrava aberta. (62º)

A informação da loja Mmm não constou do “press release”. (64º)

Para a conferência conjunta da A. com os principais retalhistas foram apenas convidados, por razões logísticas, as marcas de maior implantação mundial e com maior prestígio e notoriedade na Á sia. (65º)

Incumbia às próprias lojas fazer-se representar e convidar quem entendessem para a inauguração. (66º)

O que está subjacente à “Promotion Levy”, estabelecida no contrato aludido em B) é a promoção do Centro Comercial “XXXX XXXX” e não de qualquer loja em especial. (67º)

A publicidade específica das marcas e lojas nos suportes de publicidade do complexo comercial, como por exemplo a publicidade rotativa no placard do Vvv ou do Centro Comercial XXXX XXXX, ou ainda anúncios televisionados nos barcos da Cotai Jet ou nos autocarros, é um extra que tem de ser pago pelos lojistas. (68º)

A A. permitiu, logo após a abertura do Centro Comercial, que aqueles suportes publicitários fossem utilizados gratuitamente pelos lojistas. (69º)

E foi ainda publicitada gratuitamente na Revista “Cotai Style”, na Primavera de 2009. (70º)

Todos os lojistas estão listados no directório do centro comercial, assim como no directório de todos os quartos do Hotel XXXX XXXX. (71º)

A A. levou a cabo as acções promocionais no Centro Comercial

XXXX XXXX:

- a) “One-in-a-million Reward Program”, Agosto de 2008;
- b) “Semana da Moda 2008”;
- c) “Master Card-Best of Macao 2008”, de 29 de Setembro a 31 de Dezembro de 2008;
- d) “Semana Dourada de 2008”, de 1 a 7 de Outubro;
- e) “Campanha de Inverno em 2008”;
- f) “Concurso Miss Internacional”, em 8 de Novembro de 2008;
- g) “Campanha de Ano Novo”, em Janeiro de 2009;
- h) “Maiores Saldos de Marcas na Ásia”, em Fevereiro de 2009 (ABBS);
- i) “Desfiles de Moda 2009”;
- j) “Noite de Compras de Natal”, em Novembro de 2009;
- l) “Clientes Privados”, Agosto de 2008 - Junho de 2010;
- m) “Quarteto de Cordas 2009 e muito mais” – Actuações musicais no Centro Comercial XXXX XXXX. (72º)

A Loja da 1ª R. participou directamente nas campanhas “Master Card-Best of Macao 2008” e “Campanha de Inverno em 2008”. (73º)

No âmbito da campanha “Desfiles de Moda 2009”, a marca da 1ª R. teve oportunidade de realizar, no dia 07.02.2009, o seu próprio desfile, no Casino Ppp, numa iniciativa da responsabilidade da A. (74º)

O Quarteto de Cordas actua no Centro Comercial XXXX XXXX, desde Abril de 2009, em frente da Loja da 1ª R, com duas actuações diárias de 30 minutos cada. (75º)

Entre os dias 15 e 17 de Setembro de 2009 realizou-se uma visita guiada de uma delegação de jornalistas chineses, de Guangzhou e Xangai, ligados ao mundo da moda, que visitaram, entre outras, a loja da

1ªR. (76º)

O Centro Comercial XXXX XXXX beneficia das acções promocionais específicas do Centro Comercial The Grand Canal Shoppes. (77º)

O grupo empresarial em que a A. se insere realiza:

- a) promoções de jogo no Casino todas as semanas;
- b) programas de transporte gratuito de visitantes entre os postos fronteiriços terrestre e marítimos e a Vvv;
- c) promoções de transporte marítimo de passageiros nos barcos da Cotai Jet através da oferta de bilhetes ou da redução do seu preço;
- d) promoções de hospedagem nos hotéis, através de uma política de redução dos preços;
- e) feiras; convenções; espectáculos, incluindo o espectáculo da responsabilidade da companhia residente “Cirque du Soleil”;
- f) jogos de basket com equipas da NBA;
- g) partidas de ténis com os mais conceituados jogadores de ténis do mundo;
- h) concertos com artistas de renome mundial;
- i) animação de rua, festa da Tatler, Óscares do cinema indiano (Bollywood). (78º)

É respondido em conjunto com os quesitos 80º a 83º. (79º)

A loja \*\*\*\* (Jjj Ccc) do Centro Comercial XXXX XXXX facturou no ano de 2009 o valor total de HKD\$10.518.538,81, tendo facturado até 12 de Julho de 2010 o valor de HKD\$6.522.077,67. (80º)

A loja \*\*\*\* (Bbb Jjj) do Centro Comercial XXXX XXXX, no mesmo ano, realizou vendas no valor total de HKD\$8.965.000,00, tendo facturado já nos primeiros 2 meses de 2010 o valor de HKD\$2.048.129,13. (81º)

A loja \*\*\*\* (Ooo Ppp) do Centro Comercial XXXX XXXX, no mesmo período, facturou o valor de HKD\$6.172.724,28, tendo facturado até 12 de Julho de 2010 o valor de HKD\$5.334.415,53. (82º)

A loja \*\*\*\* (Ddd Fff Shop) do Centro Comercial XXXX XXXX, que ocupa todo um andar, facturou no mesmo período, o valor de HKD\$1.471.906.301,75, tendo facturado nos primeiros 5 meses de 2010 o valor de HKD\$841.309.648,21. (83º)

A média mensal das vendas de todas as lojas do XXXX XXXX, nos anos de 2009 e 2010, situou-se entre os 200 a 230 milhões de dólares de Hong Kong. (84º)

O Piso 1 do centro comercial XXXX XXXX está ocupado pela DFS – Ddd Fff Shop que alberga diversas boutiques de marcas como a “Louis Vuitton”, a “Prada”, a “Chanel”, a “Hermés”, a “Dior”, a “Bally”, a “Gucci”. (87º)

O Piso 2, que tem acesso directo ao The Grand Canal Shoppes, estão localizadas lojas como a “Versace”, a “Givenchy”, a “Max Mara”, a “Hugo Boss”, a “Armani”, a “Valentino”. (88º)

\*

O Tribunal é o competente e o processo o próprio.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas, e têm interesse processual.

Não existe outras nulidades, excepções nem questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

\*

Em sede do enquadramento jurídico, cumpre analisar os factos e aplicar o direito.

### **Natureza jurídica do contrato**

No vertente caso, provado está que entre A. e 2ª R. foi celebrado um acordo, nos termos do qual a primeira cedeu à segunda o direito de

uso temporário de uma loja no Complexo Comercial THE XXXX XXXX, mediante o pagamento de determinadas contrapartidas pecuniárias.

Defende a A. nas alegações de direito a inaplicabilidade das disposições legais do arrendamento previstas no Código Civil de Macau ao presente caso concreto, por entender que os contratos em causa têm uma natureza exclusivamente atípica, nomeadamente atendendo à circunstância de o estabelecimento do lojista se encontrar dentro de um conjunto criteriosamente ordenado de lojas, inteiramente estranha ao contrato de locação.

Vejamos.

Como se refere o Professor Antunes Varela, in *Centros Comerciais (Shopping Centers)*, Coimbra Editora, pág. 51, “*Quer os defensores da tese do contrato atípico, quer os contestatários, sequazes da doutrina do contrato misto, reconhecem que na estrutura própria do contrato de instalação do lojista no centro comercial existem, ao lado do elemento típico da locação (a obrigação assumida por uma pessoa de proporcionar a outra o gozo temporário de uma coisa), outros elementos característicos da atribuição a cargo do fundador, criador ou organizador do centro*”.

Diz ainda que “*para que a organização funcione como tal, como verdadeiro shopping center, é necessário que o fundador ou o organizador assumam outras obrigações, que possibilitem o exercício concertado da actividade comercial dos múltiplos lojistas, nos termos integrados em que ele foi planeado*”, designadamente “*as relativas à iluminação, higiene, limpeza, policiamento e segurança dos edifícios, às comunicações com o exterior, ao funcionamento dos serviços de interesse comum, à conservação e reparação das coisas de utilização comum, à promoção da publicidade do centro em geral, etc*”. (pág. 51 a 52)

Na jurisprudência, cita-se, a título exemplificativo e em termos de direito comparado, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de Julho de 2010, in dgsi, Processo 4477/05.0TVLSB.L1.S1, onde se

*decidiu que “as lojas que integram centros comerciais deixam de se regular exclusivamente pelo que diz respeito à relação entre o dono do local e aquele que o explora, mas também pelo que se reporta à disciplina da unidade comercial assim agregada, que impõe a assunção de obrigações que possibilitem o exercício da actividade comercial do conjunto dos lojistas. Devido a essa sua especificidade, é hoje pacífica a doutrina e a jurisprudência no sentido de considerar como contrato atípico ou inominado a cedência de espaços ou a instalação de lojas em centros comerciais, por se não coadunarem essas suas especificidades com as regras do arrendamento urbano, não se reduzindo, pela sua complexa natureza jurídica, a um contrato de arrendamento, nem a um contrato de cessão de exploração, e extravasando de um contrato misto de arrendamento e prestação de serviços”.*

Nessa perspectiva, independentemente das designações que foram atribuídas aos contratos celebrados entre lojistas e entidades que gerem centros comerciais, salvo o devido respeito por melhor opinião, julgo que o contrato de instalação de cada um dos lojistas no centro comercial ou shopping center não se traduz num simples contrato de locação, antes disso um contrato com uma natureza atípica, ao qual não devem ser aplicáveis as disposições do arrendamento mas sim as concernentes à liberdade contratual.

\*

### **Cláusulas contratuais gerais**

Alegam as RR. que se deve aplicar no presente caso concreto o regime jurídico referente às cláusulas contratuais gerais, aprovado pela Lei n.º 17/92/M, de 28 de Setembro, por entender que o contrato celebrado entre A. e 2.ª R. era um contrato de adesão, na medida em que não assistiu a 2.ª R. capacidade de negociar o conteúdo das cláusulas nele inseridas.

Vejamos.

Dispõe o artigo 1.º, n.º 2 do referido diploma legal que “*por cláusulas contratuais gerais entende-se as que são previamente formuladas para*

*valer num número indeterminado de contratos e que uma das partes apresenta à outra, que se limita a aceitar, para a conclusão de um contrato singular”.*

Em termos de direito comparado, igualmente se cita o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça acima já referido, onde se decidiu que *“para que o contrato fica sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais necessário se torna, desde logo, que as condições negociais previamente elaboradas pelo proponente tenham de ser aceites tal como apresentadas, sem possibilidade de negociação individual. O requisito da rigidez constitui um dos pressupostos indispensáveis para que o contrato se passe a reger pela disciplina daquele diploma legal”.*

Na jurisprudência da RAEM, decidiu-se no Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 25 de Julho de 2012, no Processo 44/2012, que *“as cláusulas contratuais gerais referem-se a contratos de adesão, em que não há negociação prévia entre as partes, como os contratos de consumo, como os de fornecimento de energia eléctrica e água, de seguro, etc...”*

Nestes termos, é necessário saber se o contrato celebrado entre A. e 2ª R. tem essa natureza, caso contrário o regime das cláusulas contratuais gerais não seria aplicável.

In casu, embora resulte da matéria provada que quer o contrato em si quer a “Letter of Offer” que antecedeu a celebração do negócio foi estruturado e minutado de antemão pela A. para ser usado em todos os negócios a celebrar com lojistas do Centro Comercial XXXX XXXX, mas salvo o devido respeito por melhor opinião, o contrato em causa não deve ser considerado como um mero contrato de adesão.

Na verdade, provado está que com a celebração do contrato com a A., a 2ª R. aceitou os termos e condições gerais usados para todos os contratos que aquela celebrava com outros lojistas do Complexo Comercial XXXX XXXX. Mas para além desses termos e condições gerais, constam ainda do apêndice 8 ao contrato certas condições especiais ou particulares de cada lojista do aludido Complexo Comercial.

Mais ficou provado que antes da celebração do respectivo contrato, foi efectuada diversa troca de correspondência entre A. e 2ª R. relativa ao conteúdo do contrato, provavelmente para negociar as referidas condições especiais ou particulares de cada lojista constantes do apêndice 8.

Dito isto, salvo o devido respeito, julgo que não podemos concluir que a 2ª R. ficou totalmente impedida ou impossibilitada de ter uma negociação prévia e individual com a A. na feitura do contrato, daí que, por ser o requisito da “rigidez” um dos pressupostos indispensáveis para que o contrato possa ser considerado como contrato de adesão, a ausência daquela circunstância vai se tornar inaplicável o regime jurídico referente às cláusulas contratuais gerais, aprovado pela Lei nº 17/92/M.

\*

### **Exceção de não cumprimento do contrato**

Alegam as RR., em primeiro lugar, a existência de erros na concepção do Piso M onde se situa a loja ocupada pelas RR.

De facto, embora tenha ficado provado que o Piso M consiste num meio piso por referência aos Piso 1 e Piso 2 do Complexo Comercial XXXX XXXX, e apresenta-se de forma isolada, mas não podemos por esta simples razão qualificar como um erro de concepção.

Para já, nenhum facto nos permite sustentar a existência do algum erro, e por outro lado, tal como acontece com outros complexos ou centros comerciais, neles há sempre lojas com melhores condições, nomeadamente situando-se num espaço mais atraentes e movimentadas do que outras lojas, e isso não se trata de qualquer erro de concepção dos complexos ou centros comerciais.

Defendem ainda as RR. que a A. não cumpriu as obrigações de gestão e promoção de todo o Complexo Comercial, especialmente no tocante à loja das RR.

Salvo o devido respeito por opinião contrária, não se logrou provar

que a A. não tenha cumprido as obrigações de gestão e promoção por si assumidas.

É verdade que numa reunião realizada entre as RR. e a A. em meados de 2007, esta fez a apresentação do Complexo Comercial da Vvv no Cotai, procedeu a um relato circunstanciado dos planos que tinha para esse complexo e fez uma série de projecções do que viria a ser o Complexo de Vvv, bem como deu como exemplo referência o “The Grand Canal Shoppers” do Vvv em Las Vegas, mas para já não ficou provado que as RR. foram compelidos a celebrar o contrato em causa, pelo contrário, mostra-se que as RR. aceitaram celebrar o contrato com toda a livre vontade.

No que respeita às obrigações de gestão e promoção do Complexo Comercial, especialmente quanto à sua loja, defendem as RR. que a A. incumpriu o dever de promover um bom nível de ocupação e organização do Piso M.

Salvo o devido respeito, julgo que a matéria trazida aos autos não é suficiente para concluir pelo incumprimento de tais deveres por parte da A.

Provado está que para além das acções de promoção realizadas aquando da inauguração do Complexo Comercial, a A. realizou também outras modalidades de promoção, algumas elas diziam mesmo respeito às RR., nomeadamente tendo a loja da 1ª R. participado directamente nas campanhas “Master Card-Best of Macao 2008” e “Campanha de Inverno em 2008”; no âmbito da campanha “Desfiles de Moda 2009”, a marca da 1ª R. teve oportunidade de realizar, no dia 07 de Fevereiro de 2009, o seu próprio desfile, no Casino Ppp, numa iniciativa da responsabilidade da A.; foi realizado um Quarteto de Cordas no Centro Comercial XXXX XXXX, desde Abril de 2009, em frente da loja da 1ª R., com duas actuações diárias de 30 minutos cada; e entre os dias 15 e 17 de Setembro de 2009 realizou-se uma visita guiada de uma delegação de jornalistas chineses, de Guangzhou e Xangai, ligados ao mundo da moda, que visitaram, entre outras, a loja da 1ª R.

Aliás, demonstrado ficou que a “Promotion Levy” cobrada junto das

lojistas se destinavam a promover o Complexo Comercial XXXX XXXX no seu todo, e não qualquer loja em especial.

Referem as RR. que por causa da má gestão e falta de promoção do Piso M por parte da A., provocaram o desinteresse e alheamento dos clientes relativamente ao Piso M e um conseqüente reduzido fluxo de tráfego de potencial clientela que permitisse que, em condições normais de exploração, os retalhistas do Piso M pudessem ter lucro.

Podia ser uma hipótese, mas não é o caso.

Salvo o devido respeito, o sucesso ou insucesso de cada lojista em qualquer Complexo Comercial depende muito de cada lojista, e essencialmente, dos seus produtos ou serviços fornecidos.

Não há negócios sem riscos e necessariamente lucrativos, pelo que qualquer comerciante terá sempre que assumir algum risco inerente ao seu negócio.

Embora tenha provado que no dia da inauguração da mega-loja da “DSF” no r/c, em 29 de Agosto de 2008, as escadas rolantes do Piso do Lobby para o Piso M, com chegada junto à loja das RR. estavam bloqueadas e inacessíveis, isso em certa medida não deixava de ser uma deficiência na gestão do Complexo Comercial, mas não se logrou provar que depois desse evento, a falta de tráfego no Piso M tinha a ver necessariamente com a conduta da A.

Provado que o tenant mix do Piso M dificultava uma dinâmica de curiosidade e interesse e de gerar tráfego e consumo pelos visitantes do Centro Comercial XXXX XXXX, tendo apenas registado a loja das RR. um tráfego semanal de 10 pessoas ao longo de três meses, mas não se encontrando bloqueadas as escadas, podendo as pessoas entrar e sair livremente do Piso M, daí que não se descortina ser aquela a razão que fez com que se registasse um tão baixo nível de frequência na loja das RR.

Mais alegam as RR. que tendo a A. exigido às RR. o pagamento da “Promotion Levy”, mas não efectuou aquela actividades de promoção contínua de eventos de qualidade.

Salvo melhor entendimento, não partilhamos o mesmo entendimento.

Como acima se referiu, provado está que a “Promotion Levy” era destinada à promoção do Complexo Comercial XXXX XXXX e não à de qualquer loja em especial, e tendo a A. realizado eventos promocionais a respeito do Complexo Comercial e em que as RR. foram, em alguns casos, directa e expressamente referenciadas, não podemos afirmar o incumprimento pela A. das obrigações de promoção do Complexo Comercial a que estava vinculada.

Sem querer pôr em causa a notoriedade e o prestígio da marca explorada pelas RR., queria frisar que o sucesso de um negócio depende de muitas circunstâncias, designadamente da procura dos clientes, do preço dos produtos fornecidos, da existência de produtos similares e concorrentes, etc.

Se por hipótese abrisse uma loja de Prada, Louis Vuitton ou Chanel nesse Piso M, talvez era capaz de captar maior clientela, designadamente por serem marcas mais procuradas por turistas.

Nestes termos, na minha modesta opinião, tendo em consideração que não houve por parte da A. qualquer incumprimento das obrigações a que estava vinculada, não assistiam às RR. a legítima invocação de excepção de não cumprimento nem o direito à resolução do contrato.

Uma vez julgada ilegítima tanto a invocação de excepção de não cumprimento como a resolução do contrato, improcede necessariamente qualquer pedido de indemnização formulado pelas RR. contra a A.

\*

### **Erro sobre a base do negócio**

Alegam as RR. que por causa das falsas ou inexactas representações de circunstâncias realizadas pela A. sobre a forma como iria gerir, promover e desenvolver o marketing do Complexo Comercial com serviços de topo, de 1ª classe (nomeadamente o Piso M) e a dinâmica regular de eventos que afirmou iria realizar (com consequências sobre o

tráfego) que foram decisivas para a formação da vontade da 2ª R., o contrato não deixa de ser anulado.

Salvo o devido respeito, não partilhamos o entendimento das RR.

Dispõe o artigo 245º do Código Civil que “*quando o erro recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, o negócio pode ser anulado ou modificado de acordo com o disposto no artigo 431º, aplicável com as necessárias adaptações*”.

Nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, in Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição, p. 519, “*...o erro-vício consiste no desconhecimento ou numa falsa representação da realidade; se, pelo contrário, a falsa representação se reportar ao futuro, é a previsão que falha ou o quadro de acontecimentos pressuposto que não se verifica ou evolui em termos diferentes do previsto, caso em que será de recorrer ao instituto da alteração das circunstâncias e apurar se essa falsa representação reúne os pressupostos que este instituto requer para relevar juridicamente*”.

Foi citado pelo autor da obra um exemplo de escola, em que uma empresa de construção compra um terreno para aí construir um prédio urbano com determinadas características, e o caso pode configurar uma hipótese de erro sobre a base do negócio se tivesse sido já aprovada uma deliberação da respectiva Câmara Municipal a destinar aquele terreno a zona verde ou a uma qualquer estrada ou se houvesse já uma decisão do Governo a impor a co-incineração de resíduos tóxicos, sem que o comprador soubesse; mas já será um caso a enquadrar no instituto da alteração das circunstâncias se essa deliberação só vier a ocorrer posteriormente à celebração do negócio.

Também Pires de Lima e Antunes de Varela, in Código Civil Anotado, Volume I, 4ª edição, p. 236, deram dois exemplos típicos do erro sobre a base negocial, um caso sobre o aluguer da janela para assistir um cortejo, que imprevistamente não se realiza ou não passa no local previsto, e outro que diz respeito ao encargo cumprido pelo legatário ou herdeiro cuja nomeação ou instituição vem a ser anulada ou impugnada por inoficiosidade.

No nosso caso, resulta da matéria provada que embora a A. tenha dito às RR., entre outros, que o Complexo Comercial da A. seria de topo, de 1ª classe, e seria o espelho do sucesso notável do The Grand Canal Shoppes do Vvv em Las Vegas, mas não ficou provado que a vontade negocial das RR. assentou na propagada capacidade de gestão e promoção de centros comerciais de 1ª classe que a A. declarou ter.

Para além de não se lograr provar que foi essa a base do negócio, nem que as RR. tivessem uma representação dos factos divergente da realidade, aquando da celebração do contrato em causa.

Nestes termos, sem necessidade de delongas considerações, uma vez que não se encontram verificados os requisitos previstos no artigo 245º do Código Civil de Macau, é para julgar improcedente a excepção ora levantada.

\*

### **Conversão em denúncia antecipada da “resolução” do contrato pela 1ª R.**

Na hipótese de o Tribunal não aceitar o direito de resolução, pedem as RR. a conversão em denúncia, entendendo que estão verificados os pressupostos da convertibilidade da declaração resolutória da 1ª R. em denúncia.

Diz o artigo 286º do Código Civil de Macau que *“o negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade”*.

Nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, na mesma obra acima citada, p. 641, referiu-se que para que haja lugar à conversão dos negócios jurídicos, *“é necessário que o negócio inválido contenha os requisitos essenciais de forma e substância (capacidade, objecto, vontade), necessários para a validade do negócio sucedâneo...”*, *“exige-se que a vontade hipotética ou conjectural das partes seja no sentido da conversão. Só haverá conversão, quando se imponha a*

*conclusão de que as partes teriam querido o negócio sucedâneo se, na hipótese de se terem apercebido do vício do negócio principal, não pudessem tê-lo celebrado sem essa deficiência”, e “a conversão deve manter-se dentro do domínio negocial traçado pelas partes”.*

Salvo o devido respeito por opinião contrária, julgo que não se encontram preenchidos os requisitos quanto à conversão de acto ou negócio jurídicos.

Independentemente de saber se a livre denúncia só terá lugar nos contratos de duração indeterminada ou também nos contratos com prazo quando o prazo é estabelecido a favor do arrendatário ou usuário denunciante, não há nos presentes autos quaisquer margens para a conversão.

Como acima se referiu, é necessário que as partes contraentes tenham a vontade hipotética ou conjectural no sentido da conversão, isto é, só haverá conversão, quando se imponha a conclusão de que as partes teriam mesmo querido o negócio sucedâneo se, na hipótese de se terem apercebido do vício do negócio principal, não pudessem tê-lo celebrado.

No caso vertente, não se descortina essa vontade hipotética ou conjectural das partes, pelo contrário, ficou provado apenas que a denúncia antecipada do contrato resulta da vontade unilateral da 1ª R., sem qualquer acordo ou consentimento da A.

Nestes termos, sem necessidades de mais considerações, salvo melhor entendimento, julgo improcedente a excepção suscitada.

\*

### **Incumprimento contratual das RR.**

Segundo o princípio da liberdade contratual previsto no artigo 399º do Código Civil de Macau, “*Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver*”.

Ficou demonstrado nos autos que A. e 2ª R. celebraram um

contrato de cessão do direito de uso da loja \*\*\*\*, e posteriormente, em 10 de Maio de 2008, a 2ª R. cedeu a sua posição contratual nesse contrato à 1ª R., tendo a 2ª R. constituído como fiadora e principal pagadora de todas as obrigações assumidas pela 1ª R., com expressa renúncia ao benefício da excussão prévia.

Provado ainda que em contrapartida de utilização da loja, as RR. obrigaram-se a pagar preços contratualmente acordados.

Quais eram essas quantias?

Segundo a matéria dada como provada, a 1ª R. acordou pagar à A., como contrapartida de utilização das referidas lojas, as seguintes despesas:

- “Base Fee”;
- “Management Fee”;
- “Promotion Levy”;

- Despesas de consumo de água, electricidade, gás, telefone, limpeza de esgotos e remoção de lixo.

Assim, a 2ª R., e depois a 1ª R., obrigaram-se a efectuar mensalmente os seguintes pagamentos: “Base Fee” no valor de HKD\$119.000,00, “Management Fee” no valor de HKD\$11.956,00, “Promotion Levy” no montante de HKD\$1.972,74, bem como as despesas relativas ao consumo de electricidade e ao custo de cartões de staff.

Provado que as RR. não pagaram as quantias respeitantes a “Base Fee”, “Management Fee”, “Promotion Levy”, bem assim as despesas de consumo de electricidade e custo de cartões de staff, relativos ao período que medeia entre 15 de Abril e 1 de Novembro de 2009, no montante total de HKD\$975.564,99.

Uma vez celebrado o contrato, este deve ser pontualmente cumprido, nos termos do artigo 400º, nº 1 do mesmo Código, sob pena de o devedor faltoso vir a tornar-se responsável pelos prejuízos causados

ao credor (artigo 787º do Código Civil).

No presente caso, está assente que o valor em dívida relativamente ao contrato totaliza o montante de HKD\$975.564,99, mas efectuada a liquidação parcial dos créditos sobre as RR. através da caução prestada pela 1ª R. para garantir o cumprimento das obrigações contratuais, no montante de HKD\$476.000,00, assim, as RR. são ainda obrigadas a pagar à A. o remanescente da dívida no valor de **HKD\$499.564,99**.

\*

### **Cláusula penal**

Ao abrigo do artigo 799º, nº 1 do Código Civil de Macau, “*as partes podem fixar por acordo a indemnização exigível ou a sanção aplicável, para os casos de não cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora no cumprimento; a cláusula do primeiro tipo designa-se por cláusula penal compensatória e a do segundo por cláusula penal compulsória*”.

Conforme os números 7 a 9 da cláusula 38ª do contrato de 22 de Fevereiro de 2008, ficou acordada por ambos os contraentes a fixação de uma cláusula penal, nos termos da qual a A. teria direito a ser indemnizada pela totalidade dos danos sofridos, em caso de incumprimento imputável à R., sendo o montante indemnizatório mínimo o resultante da soma dos valores de “Base Fee”, “Management Fee” e “Promotion Levy” desde a data da resolução do contrato até ao termo do contrato inicialmente estipulado.

No fundo, a referida cláusula penal corresponde à soma das prestações mensais de “Base Fee”, “Management Fee” e “Promotion Fee”, que a R. teria que pagar até ao termo do contrato, se não houvesse incumprimento, sem prejuízo de a pena convencional ser reduzida pelo tribunal, a pedido do devedor, quando for manifestamente excessiva, nos termos do artigo 801º do Código Civil.

De um modo geral, encontrando-se o devedor em mora, só há lugar a resolução do contrato quando, em consequência da mora, o

credor perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que, por interpelação, for razoavelmente fixado pelo credor, nos termos do artigo 797º do Código Civil.

A título exemplificativo, cita-se, em termos de direito comparado, o Acórdão da Relação de Coimbra, de 20/3/1990, CJ, 1990, 2º-53, em que se refere que:

*“Para que o credor possa resolver o contrato torna-se necessário que a prestação da outra parte se tenha tornado impossível por causa imputável ao devedor; quer o credor tenha perdido, em consequência da mora do devedor, o interesse que tinha na prestação; ou que o devedor não realize essa mesma prestação dentro do prazo que o credor razoavelmente lhe tenha fixado...”*

Também o Acórdão da Relação de Lisboa, de 11 de Dezembro de 1986, CJ, 1986, 5º-153, decidiu que *“A resolução do contrato-promessa bilateral com base em mora só pode produzir-se quando se objectivarem factos ou circunstâncias que revelem que a mora se converteu em não cumprimento definitivo ou que o credor perdeu o interesse que tinha na prestação ou esta não foi realizada no prazo razoavelmente fixado”*.

No presente caso, provado está que a A. comunicou à 1ª R., através de carta, para que esta pusesse fim à situação de incumprimento das suas obrigações no prazo de 8 dias a contar da recepção da carta, procedendo aos pagamentos em falta, sob pena de o contrato se considerar resolvido por incumprimento imputável à R.

Efectuada a devida interpelação em 17 de Novembro de 2009, e decorrido o prazo fixado, a 1ª R. não fez cessar o incumprimento, razão pela qual o contrato em causa deve considerar-se resolvido por incumprimento em 25 de Novembro de 2009, nos termos dos artigos 426º, nº 1 e 430º, ambos do Código Civil de Macau, e da cláusula 38.2 (a) do contrato.

De acordo com a matéria provada, o termo do contrato teria lugar em 31 de Julho de 2011, assim, a A. tem direito a receber, conforme a cláusula penal contratualmente estipulada, um montante global de

HKD\$2.680.729,60, resultante dos seguintes cálculos:

a) HKD\$2.399.833,33, referentes a 20 meses e 5 dias de “Base Fee” correspondentes ao período que medeia de 26 de Novembro de 2009 a 31 de Julho de 2011 (HKD\$119.000,00 x 20 meses + HKD\$119.000,00 : 30 \* 5 dias);

b) HKD\$241.112,67, referentes a 20 meses e 5 dias de “Management Fee” correspondentes ao período que medeia de 26 de Novembro de 2009 a 31 de Julho de 2011 (HKD\$11.956,00 x 20 meses + HKD\$11.956,00 : 30 \* 5 dias); e

c) HKD\$39.783,60, referentes a 20 meses e 5 dias de “Promotion Levy” correspondentes ao período que medeia de 26 de Novembro de 2009 a 31 de Julho de 2011 (HKD1.972,74 x 20 meses + HKD\$1.972,74 : 30 \* 5 dias).

Tendo em conta que a A. só vem pedir o montante de HKD\$2.632.632,47, em prol do princípio dispositivo ou do pedido, o Tribunal limita-se a condenar as RR. no pagamento da referida quantia peticionada.

\*

### **Invalidade da cláusula penal**

Defendem as RR. que a referida cláusula penal constante do número 38.8 era nula por violação de norma imperativa.

Vejamos.

De acordo com a cláusula penal compulsória acordada pelas A. e RR., estas teriam que pagar àquela, no mínimo, o agregado da renda base, despesas de administração e de promoção em dívida à data da resolução, acrescidas dos devidos pelo período do prazo que decorreria se o contrato não tivesse sido resolvido.

Como tivemos oportunidade de referir, o contrato celebrado pelas partes consiste num contrato atípico de cessão do direito de uso temporário da loja \*\*\*\*, inserido no Complexo Comercial The Shoppes

at The XXXX XXXX, gerido pela A., livremente regulado pelas partes dentro do princípio da liberdade contratual.

Mais verificamos que o regime jurídico das cláusulas contratuais não é aplicável em virtude de não estarmos perante um contrato de adesão.

Daí que, temos que seguir o princípio de Pacta sunt serventa.

Tendo as RR. assumido perante a A. o pagamento daqueles montantes correspondentes ao somatório de Base Fee, Management Fee e Promotion Levy, devem aquelas cumprir escrupulosamente as suas obrigações, sob pena de se tornar responsáveis pelos prejuízos causados ao credor, ora A.

Não se encontra provado que as RR. foram compelidas a aceitar a referida cláusula penal, nem se vislumbra que esta tenha violado o princípio da boa fé.

Ainda nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, na mesma obra citada, p. 125, diz que a boa fé distingue-se em sentido subjectivo e objectivo.

A boa fé em sentido subjectivo *“reporta-se a um estado subjectivo, tem em vista a situação de quem julga actua em conformidade com o direito, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior”*.

Enquanto na boa fé em sentido objectivo, aplicado aos contratos, *“constitui uma regra de conduta segundo a qual os contraentes devem agir de modo honesto, correcto e leal, não só impedindo assim comportamentos desleais como impondo deveres de colaboração entre eles”*.

*“Do contrato fazem parte não só as obrigações que expressa ou tacitamente decorrem do acordo das partes, mas também, designadamente, todos os deveres que se fundam no princípio da boa fé e se mostram necessários a integrar a lacuna contratual”*.

Assim exposto, por que as RR. estavam ou podiam estar bem esclarecidas do teor das circunstâncias e dos documentos antes de

assinar o contrato, sem prejuízo também da possibilidade de formular contraproposta, aceitar ou recusar a outorga do contrato, não vejo aqui qualquer violação por parte da A. do princípio da boa fé.

\*

### **Redução equitativa da cláusula penal**

Tal como acima se referiu, podemos configurar a cláusula penal em causa como uma cláusula compulsória-sancionatória, a qual não visa reparar o credor mas destina-se a pressionar o devedor ao cumprimento, não se destina a substituir a indemnização a que houver lugar nos termos gerais.

Entende ainda Carlos Alberto da Mota Pinto, na mesma obra citada, p. 596, que *“a possibilidade de reduzir a pena depende de o seu montante se mostrar manifestamente excessivo, e não apenas de ser superior ao dano. Só em casos excepcionais, pois, é que o tribunal poderá reduzir o montante estipulado na cláusula penal, a fim de evitar abusos, pois de outra forma, isto é, se fosse permitida a redução da pena sempre que, independentemente da desproporção existente, fosse superior ao prejuízo efectivo, anular-se-iam as vantagens que a cláusula penal apresenta”*.

Decidiu-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, in dgsi, Processo 605/06.6TBVRL.P1.S1, que *“destinando-se a cláusula penal a reforçar o direito do credor ao cumprimento da obrigação, a indemnização devida será aquela que tiver sido prevista na pena convencionada, mais gravosa para o inadimplente do que, normalmente, seria, que, em princípio, deve ser respeitada, dado o seu carácter «a forfait», e por corresponder à vontade conjectural original das partes, sendo certo que só, em casos excepcionais, deve ser reduzida, com vista a evitar abusos evidentes, situações de clamorosa iniquidade, a que conduzem penas, «manifestamente excessivas», francamente, exageradas, face aos danos efectivos.*

*A fim de não serem anuladas as vantagens da cláusula penal, respeitando-se a sua intangibilidade, o tribunal não só não deve fixar a*

*pena abaixo do dano do credor, como nem sequer deverá fazê-la coincidir com os prejuízos efectivos verificados, porquanto a redução da pena destina-se, tão-só, a afastar o seu exagero e não a anulá-la.*

*Efectivamente, o devedor não pode, em princípio, pretender pagar uma indemnização inferior ao valor da pena convencional fixada, com excepção, caso em que esta pode ser reduzida, de acordo com a equidade, da situação em que a mesma seja, manifestamente, excessiva, ou, extraordinariamente, excessiva, mas não em função do dano efectivo ocorrido que, aliás, o credor não tem de demonstrar, não podendo ter lugar uma intervenção judicial sistemática, sob pena de se arruinar o legítimo e salutar valor correctivo da cláusula penal e de se subestimar o seu carácter «a forfait».*

No presente caso, não se me afigura ser manifestamente excessiva e abusiva a cláusula em que se obrigam as RR. a pagar à A. o agregado da renda base, despesas de administração e de promoção em dívida à data da resolução, acrescidas das despesas devidas pelo período do prazo que decorreria se o contrato não tivesse sido resolvido, considerando que a cláusula funciona como meio de pressão ao cumprimento e como forma de, através de uma outra prestação, reforçar o direito do credor ao cumprimento da obrigação.

Salvo melhor opinião, a indemnização acordada no presente caso destina-se efectivamente a garantir o cumprimento do contrato, e se admitisse a redução equitativa tal como defendida pelas RR., já dificilmente se conseguiria esse escopo, dado que bastaria a parte usuária pagar um montante pouco significativo para ver terminado o contrato, situação essa que viria sempre prejudicar os interesses do outro contraente.

Assim sendo, para garantir o cumprimento da obrigação assumida pelas RR., salvo melhor entendimento, julgo que o valor da cláusula penal correspondente às mensalidades totais que as RR. deveriam pagar até ao fim do contrato se este não tivesse sido resolvido não se revela desproporcional face às circunstâncias do caso concreto.

Pelo que se julga improcedente o pedido de redução da cláusula

penal.

\*\*\*

### **III) DECISÃO**

Tudo exposto e nos fundamentos acima descritos, **julgo procedente a presente acção ordinária** intentada pela **A. Vvv Cotai S.A.** contra as **RR. MMM Macau Limitada e Mmm Asia Limited**, e condeno as últimas a pagar solidariamente à A. as seguintes quantias:

- a quantia de **HKD\$499.564,99** (quatrocentos e noventa e nove mil quinhentos e sessenta e quatro dólares de Hong Kong e noventa e nove cêntimos), convertível em MOP\$514.551,94 (quinhentos e catorze mil quinhentas e cinquenta e uma patacas e noventa e quatro avos), que corresponde aos montantes de “Base Fee”, “Management Fee”, “Promotion Levy” e despesas de electricidade vencidos e não pagos, relativos ao período que medeia entre 15 de Abril e 1 de Novembro de 2009, após deduzido o valor da caução;

- a quantia de **HKD\$2.632.632,47** (dois milhões seiscentos e trinta e dois mil seiscentos e trinta e dois dólares de Hong Kong e quarenta e sete cêntimos), convertível em MOP\$2.711.611,44 (dois milhões setecentos e onze mil seiscentas e onze patacas e quarenta e quatro avos), que corresponde aos montantes indemnizatórios resultantes da soma dos valores de “Base Fee”, “Management Fee” e “Promotion Levy”, desde a data da resolução até ao termo do contrato inicialmente estipulado.

**Julga-se improcedente a reconvenção e demais excepções deduzidas pelas RR., absolvendo a A. dos pedidos reconventionais.**

Custas da acção e da reconvenção pelas RR. solidariamente.

Registe e notifique.

Transitada, remeta os autos à Secção Central para elaboração da conta final.

Não se conformando com o decidido, vieram as Rés MMM Macau, Limitada e MMM Asia Limited, recorrer da mesma concluindo e pedindo:

- A. A natureza jurídica e caracterizações do contrato de utilização de loja é da maior importância para Macau, onde haverá mais de 2000 lojistas de centros comerciais com contratos análogos ao considerado nos autos, sendo fulcral que os Tribunais de Macau tomem posição sobre esta matéria de forma aprofundada e ponderada;
- B. A Doutrina e Jurisprudência portuguesas devem ser particularmente consideradas nesta matéria, por se tratarem de contratos recentes no ordenamento jurídico de Macau, por o regime jurídico ser substancialmente idêntico e por em Portugal este tipo de contratos serem bastante usuais e já terem sido objecto de diversos estudos jurídicos e decisões jurisprudenciais;
- C. Para decidir, o Tribunal a quo aplicou o regime geral da resolução dos contratos, como se de um simples contrato se tratasse, quando há que fazer uma análise substancialmente mais profunda da natureza intrínseca e uma ponderação dos interesses das partes, os comuns e os opostos, em jogo nos contratos de utilização de loja, nomeadamente o Contrato;
- D. Os contratos de utilização de loja *"caracterizam-se pela cedência do gozo de um espaço - loja - para o exercício de uma actividade comercial ou de prestação de serviços num complexo imobiliário, composto por diversas lojas com comércio e serviços variados e intercomplementares e por espaços comuns de lazer, visando aliar prazer e consumo"* sendo que *"A gestora e os lojistas partilham de um objectivo comum de atracção de clientela para o centro comercial, concertando as suas actividades para alcançar tal objectivo"*;
- E. O contrato de utilização de loja (doravante "CUL") integra-se na categoria dos contratos de cooperação, com natureza de contrato atípico misto dado que: *"há também uma estrutura associativa ou*

*de cooperação: a prestação do serviço de gestão do centro comercial e o exercício da actividade comercial do lojista visam, cada uma por si, e globalmente, a obtenção do maior volume de vendas” pelo que “estamos assim perante “contratos atípicos mistos” cujo regime há-de buscar-se nas estipulações convencionais definidas pelos contraentes, balizadas, naturalmente, pelas normas legais”;*

- F. A Jurisprudência (portuguesa) mais recente, quanto à qualificação da natureza jurídica e caracterização do contrato de utilização de loja pela jurisprudência portuguesa, tem entendido, como vertido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2012 no processo número 2357/07.3.TVLSB.L1-1 (doravante o "Acórdão citado"), e posteriormente confirmado por Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido a 11 de Abril de 2013 sob o número de processo 2357/07.3TVLSB.L1.S1 vem, a final, confirmar, que deverá ser reconhecido o direito do lojista à resolução do contrato verificados os pressupostos da alteração das circunstâncias;
- G. Os CUL, *"antes do decurso do período de tempo clausulado, o contrato por vontade unilateral de um dos contraentes, só pode extinguir-se com fundamento na ocorrência de uma "justa causa" que tome inexigível a manutenção do vínculo contratual» sendo que "Esta "justa causa" pode consistir na ocorrência de circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual";*
- H. *"O conceito de «justa causa» é um conceito indeterminado cuja aplicação exige necessariamente uma apreciação valorativa do caso concreto. Será uma «justa causa» ou um «fundamento importante» qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual; todo o facto capaz de fazer perigar o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim";*
- I. A factualidade assente no caso *sub judice* comprova o fracasso comercial do "isolado" Piso M, demonstrado por poucos (apenas 7) contratos de lojista assinados aquando da inauguração (resposta Q.

10°); seis (6) lojas ainda fechadas em 05.05.2010, por nunca terem aberto ao público (resposta Q. 18°); um "tenant mix" que dificulta uma dinâmica de curiosidade e interesse e, conseqüentemente, de gerar tráfego e consumo pelos visitantes do CC XXXX XXXX (resposta Q. 17°); de entre as lojas que chegaram a abrir, uma delas, ao contrário das normas de funcionamento, nem sempre está aberta (resposta Q. 19°); em datas importantes, o Piso M foi totalmente desconsiderado (resposta Q. 24°) e inclusive cortado o acesso de potenciais visitantes (resposta Q. 23°);

- J. Há que perguntar nos CUL: considerando que *"A resolução assenta num poder vinculado, que supõe a alegação e a prova do fundamento previsto na lei, que permita justificar a extinção unilateral do contrato (...) tendo em conta que estamos perante um contrato atípico, de cooperação, há que ponderar a aplicação dos princípios e regras orientadoras desta categoria contratual (...) poderá o insucesso do centro comercial constituir fundamento de resolução por justa causa?"*;
- K. Nos CUL, *«mesmo que se entenda não existir fundamento de resolução baseado no incumprimento culposo das obrigações assumidas pela gestora, a verdade é que a ausência de um nível mínimo de clientela vem perturbar o equilíbrio interno do contrato, em termos tais que podem tornar inexigível para o lojista a manutenção do vínculo contratual»*;
- L. *"O lojista celebra o contrato na firme convicção de que se integra numa estrutura susceptível de valorizar em termos de mercado a sua loja; "de que o centro comercial terá um determinado volume de clientela capaz de lhe permitir lucrar com o exercício da respectiva actividade comercial nesse espaço" concluindo-se que "É, aliás, por tal motivo que se dispõe a realizar o avultado investimento que para si constitui a instalação em um centro comercial"*;
- M. Nos CUL *"a loja lhe é entregue "nua" ou "em tosco", vazia de quaisquer acabamentos, a realizar por sua própria conta, há todo um trabalho e custo de implementação do centro comercial que acaba por ficar a cargo dos lojistas"*;

- N. Os Lojistas *"vinculam-se ainda a satisfazer o valor da "remuneração mínima" correspondente ao direito de utilização do espaço e, finalmente, a compartilhar nas despesas e encargos de funcionamento e utilização do centro comercial"* sendo que *"Todo este investimento (é) baseado na confiança que lhe merece a actividade prévia desenvolvida pela contraparte, traduzida nos assinalados estudos de viabilidade"*;
- O. Nos CUL, *"A existência de um determinado volume de clientela e a prometida valorização da loja no âmbito do respectivo mercado são determinantes na decisão de os lojistas contratarem, sendo tais expectativas perfeitamente legítimas quer à luz daquilo que regra geral lhes é indicado pelo promotor no decurso do processo de negociações, quer perante o disposto no contrato que acabam por celebrar, onde usualmente se assinala que a "estrutura" criada é um factor decisivo na valorização de todas e cada uma das lojas e espaços nele integrados, no âmbito do respectivo mercado"*; .
- P. Deve-se questionar se, quando *"Ao contrário das expectativas fundadas do lojista, o volume de clientela do centro comercial e reflexivamente da sua loja não lhe permite afinal exercer uma actividade que justifique o dispendioso investimento que realizou e o elevadíssimo volume de despesas fixas que tem para se manter em funcionamento, será justo e razoável mantê-lo vinculado ao contrato até ao fim do prazo respectivo?"*;
- Q. No CUL: *"a existência e manutenção de um determinado volume mínimo de clientela do centro comercial constitui, atento o que ficou dito, a base do negócio, isto é, aquele conjunto de circunstâncias que, embora de algum modo exteriores ao negócio constituem o seu "ambiente circunstancial envolvente, a realidade em que se insere, o status quo existente ao tempo da sua celebração, cuja existência ou subsistência tenha influência determinante na decisão negocial e seja necessário para o seu equilíbrio económico e a prossecução do seu fim, isto é, para a sua justiça interna"*;
- R. O regime jurídico aplicável à resolução pelo lojista com base em causa objectiva é o do artigo 431º do CC quando esteja em causa

uma alteração superveniente, anormal, do quadro circunstancial do negócio;

- S. A norma aplicável é o art. 431º do CC porque *“a modificação das circunstâncias só se vem a dar no futuro, momento em que é perturbada a justiça interna do contrato ou frustrado o seu fim, o que atrai o problema para o âmbito material da alteração das circunstâncias (...) Esta só se concretiza depois da celebração do contrato e, por isso, corresponde a uma alteração superveniente de circunstâncias a que deve ser aplicado o regime do art. 437º”*;
- T. A circunstância de as **Recorrentes** não terem expressamente invocado a norma da resolução por alteração das circunstâncias, não restringia o Tribunal *a quo* de aplicar essas normas legais assim o tivesse entendido, dado as **Recorrentes** terem provado os factos donde o Tribunal *a quo* poderia e deveria por si ter extraído a aplicabilidade desse instituto e de, em sede de pedido contravençional, ter sido pedido que fosse declarada válida a resolução comunicada pela **Recorrente** MMM Macau Limitada à **Recorrida**. Cabe aos Tribunais suprir em matéria de Direito nos termos do art. 567º do CPC de Macau e bem se justificaria no caso *sub judice* - como se nota no Acórdão citado *«A distinção entre o erro sobre a base do negócio e a alteração de circunstâncias pode ser difícil sempre que haja (como haverá, em princípio, em hipóteses como a nossa) erro actual quanto à evolução futura das circunstâncias»*;
- U. Quanto aos requisitos do art. 431º do CC há que ter presente que *“O critério da anormalidade da alteração permite abranger hipóteses em que a alteração era previsível, mas vem afectar o equilíbrio do contrato»*. *«Não é portanto requisito essencial a natureza incalculável ou imprevisível da alteração, exigindo-se, contudo, que esta seja excepcional ou anómala”*;
- V. É também um requisito essencial do art. 431º do CC *“que ocorra uma perturbação do equilíbrio contratual originário de tal modo que a prestação de uma das partes se torne demasiado onerosa”* e que *“a exigência do cumprimento das obrigações assumidas pelo lesado afecte gravemente os princípios da boa fé”*. *o cumprimento*

*das obrigações impostas ao lesado não esteja coberto pelos riscos do contrato";*

- W. Apesar de se poderem suscitar algumas dúvidas relativamente à verificação dos requisitos do art. 431º do CC, a Jurisprudência sustenta: "parece-nos ainda assim concretizar-se o direito de resolução do lojista, com fundamento na falta de correspondência entre a realidade esperada no momento da celebração do contrato e a respectiva evolução";
- X. Embora "mesmo reconhecendo que a clientela é um valor por essência "movediço" e dificilmente controlável, e aceitando-se que não há responsabilidade por incumprimento culposo da gestora na manutenção desse afluxo de clientela (...) o certo é que a realização de estudos de viabilidade permite e tem por função manter esse risco dentro de limites controláveis». «É aliás, dessa forma que tais estudos são apresentados ao lojista desencadeando uma confiança legítima na realização de um investimento com um risco menor do que a concretização de um empreendimento autónomo». «Pode, segundo cremos, dizer-se que o risco do afluxo de clientela foi ponderado no processo negocial e até concretamente contemplado pelas partes no acordo que celebraram";
- Y. O risco do negócio impende sobre a gestora do empreendimento quando a impossibilidade de realizar um determinado volume de negócios não se prende por razões atinentes ao fraco desempenho da loja do lojista, mas "por razões que se prendem com a falta de sucesso inicialmente projectada e considerada por ambas as partes para o centro comercial" e **como tal**, "A manutenção do exercício da respectiva actividade no centro comercial afigura-se ruínosa para o lojista";
- Z. "O cumprimento das respectivas obrigações contratuais torna-se, neste quadro, excessivamente oneroso, sendo atentatório da boa fé obrigá-lo a manter-se vinculado ao contrato». « Trata-se no fundo de concretizar uma forma justa de distribuição do "risco da realidade" que há-de, neste caso, atento todo o exposto, recair sobre a gestora do centro comercial";

- AA. Como "*o contrato de instalação de lojista em centro comercial pertence à categoria dos contratos de cooperação*" importa referir que "*em vários lugares é assinalada a possibilidade de fazer cessar o vínculo assumido em um contrato de cooperação, sempre que o fim de cooperação que o contrato se propõe possa estar comprometido, mesmo que por facto não imputável a qualquer uma das parte*";
- BB. Em Macau, a alínea b) do artigo 650.º do Código Comercial de Macau que regula os contratos de agência prevê a resolução do contrato sempre que "*ocorrerem circunstâncias que prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado*";
- CC. À luz do ordenamento jurídico de Macau, há que perguntar: "*trata-se apenas de reafirmar para estes contratos a admissibilidade de extinção unilateral do vínculo em termos semelhantes aos previstos no art. 431º, ou trata-se de reconhecer tal possibilidade independentemente de uma actuação culposa da outra parte em termos mais amplos ou mais tolerantes, ou simplesmente diversos?*"
- DD. O instituto da queda da base negocial e o instituto da resolução por justa causa comungam de função semelhante; os pressupostos de aplicação do art. 431º coincidem com os de uma justa causa fundada numa alteração objectiva das circunstâncias; o art. 431º só excepcional e subsidiariamente deverá ter aplicação neste domínio;
- EE. Identifica-se nos CUL "*um regime especial para a resolução dos contratos de cooperação, justificado pelo fim que tais contratos se propõem. A «justa causa» de resolução nos contratos de cooperação pode, assim, fundamentar-se igualmente em factos culposos, e não culposos, porquanto "acima de considerações sobre o comportamento dos contraentes, está o fim de cooperação que o contrato se propõe e que, em certas circunstâncias, pode ficar comprometido por facto não imputável a qualquer delas". A justa causa de resolução do contrato é, "todo o facto susceptível de impedir a prossecução do fim de cooperação que o contrato se*

propõe [...] e de alterar os resultados comerciais que uma das partes podia legitimamente esperar”;

FF. O insucesso do isolado Piso M do centro comercial, que se repercute na inviabilização das perspectivas de lucro da lojista - vem reforçar a solução da admissibilidade da desvinculação unilateral do lojista antes do fim do prazo convencionado. O fim de cooperação, que vem no fundo a ser a atracção de clientela para o centro comercial, encontra-se frustrado, sendo inexigível à lojista que se mantenha na exploração de um negócio ruinoso;

GG. A questão que cumpre colocar e que no entender dos Recorrentes, merece uma resposta afirmativa, é a de saber se, atentas as actuais circunstâncias concretas [insucesso do isolado Piso M do centro comercial, que se repercute na inviabilização das perspectivas de lucro da lojista], continua a ser exigível à Recorrente MMM Macau Limitada que se mantenha imperativamente vinculada, para futuro, ao Contrato (de carácter duradouro)?”;

HH. Como tal a Recorrente MMM Macau Limitada tem “o direito de fazer cessar o vínculo contratual, por lhe ser inexigível manter-se vinculado a um contrato do qual lhe advêm avultados prejuízos, na medida em que falha um pressuposto no qual fundou a sua decisão de contratar”;

II. Fundando-se a resolução do contrato, por iniciativa da Recorrente MMM Macau Limitada numa alteração superveniente das circunstâncias em que elas fundaram a sua decisão de celebrar o Contrato, consubstanciada no insucesso do Piso M globalmente considerado (traduzido, designadamente, no encerramento ou não abertura de todo dum número significativo de lojas, mau “tenant mix” e ausência de um determinado nível mínimo de clientela) que se repercutiu na inviabilização das perspectivas de lucro da Recorrente MMM Macau Limitada e não propriamente no incumprimento, por parte da Recorrida das obrigações contratuais para ela emergentes do contrato de instalação de lojista celebrada entre as partes - o direito de resolução não estava condicionado à prévia interpelação da Recorrida para realizar a sua prestação nem à demonstração, por parte da Recorrente MMM Macau Limitada da

perda objectiva do seu interesse na prestação da Recorrida;

- JJ. Consequentemente, a Recorrente MMM Macau Limitada podia exercer o seu direito à resolução do contrato, o seu direito de fazer cessar imediatamente o vínculo contratual, sem ter de aguardar pelo termo do prazo de 3 anos, por meio de simples declaração à Recorrida, nos termos do art. 430º, n.º 1, do Código Civil, pelo que essa resolução foi válida e eficaz;
- KK. **No caso dos autos não está em causa o insucesso do centro comercial XXXX XXXX no seu todo, mas está sim em causa o insucesso comercial de todo um piso separado e específico na área do Centro Comercial do XXXX XXXX- o Piso M- sendo que dos factos provados elencados nestas alegações de recurso, resulta claro que tal especificidade está claramente provada, pelo que *mutatis mutandis* é válida toda a argumentação que levou o Acórdão citado a pugnar pelo direito do lojista à resolução do contrato com fundamento em causa objectiva - a frustração do fim contratual;**
- LL. A Recorrente MMM Macau Limitada, em face da notória frustração do fim contratual, praticou todos os actos e comunicou à Recorrida a sua decisão de resolver o Contrato, pelo que exigir-lhe que permaneça vinculada ao Contrato afecta gravemente os princípios da boa fé e não está coberto pelos riscos próprios do Contrato, dado que seria ruinoso para esta **Recorrente** - os encargos totais seriam no valor de HKD\$2.632.632,47 correspondente a MOP2.711.611,44 - e estaria claramente em violação das legítimas expectativas criadas às **Recorrentes** pela entidade gestora do centro comercial, ora **Recorrida**;
- MM.A **Recorrida** procurou desviar a atenção do Tribunal *a quo* da especificidade deste caso concreto, nomeadamente do carácter isolado do Piso M e do seu mau "tenant mix", que ditou, e dita, o fracasso comercial objectivo de todo o Piso M, tendo, embora tratando-se de realidades absolutamente distintas, pretendendo ilegitimamente extrapolar, como se de realidades idênticas se tratassem, a situação de tráfego e relativo sucesso comercial dos Piso 1 e Piso 2 do Centro Comercial XXXX XXXX, quando estes

últimos têm acessos directos da rua e também ligações interiores para o centro comercial The Shoppes at The Vvv, ao passo que o Piso M **não** tem, pelo contrário é isolado e está completamente arredado da circulação normal do tráfego do centro comercial;

- NN. Dada a localização isolada do Piso M a **Recorrida** deveria ter feito e era expectavel que fizesse acções promocionais centradas neste Piso M por forma a realizar a legítima expectativa de tráfego de clientela criada pela **Recorrida** nas **Recorrentes** - a Recorrida não o fez, não o provou, nem sequer tentou provar, simplesmente nem o alegou;
- OO. Toda a lista de campanhas publicitárias realizadas pela Recorrida **não** tiveram qualquer efeito útil **no Piso M;**
- PP. A **Recorrida** alegou e provou haver lojas no Centro Comercial XXXX XXXX com facturações "milionárias", porém as poucas lojas citadas integram-se, ou no Piso 1, ou no Piso 2 do Centro Comercial XXXX XXXX, nenhuma no Piso M pelo que a **Recorrida** não afastou a percepção do claro fracasso comercial de todo o Piso M;
- QQ. Certo é que, se houvesse lojas **no Piso M** com sucesso comercial a **Recorrida** teria obviamente juntado as facturações dessas lojas (e não de lojas dos Pisos 1 ou Piso 2), dessa forma teria "*morto*" o argumento válido das Recorrentes de que a sua resolução do Contrato é bem fundada independentemente de culpa da entidade gestora;
- RR. As Recorrentes provaram os factos que, à luz do direito de Macau, suportam o direito de resolução por alteração das circunstâncias por causas objectivas de um contrato atípico misto, que se integra da categoria dos contratos de cooperação, nos termos do artigo 431.º do Código Civil de Macau, pelo que deve ser reconhecida a validade da resolução comunicada pela **Recorrente MMM Macau Limitada** à **Recorrida** a 25 de Setembro de 2009 (resposta Q 46º), com todas as consequências legais (fazendo-se notar também que nessa mesma data a loja foi restituída à **Recorrida** (alínea AM dos Factos Assentes));

- SS. O Tribunal *a quo* errou na parte da sua decisão em que recusou o pedido das **Recorrentes** para redução da cláusula penal com base em juízos de equidade dado que não ponderou todos os interesses em jogo e porque errou na qualificação da cláusula penal como "uma cláusula compulsória-sancionatória", sustentando que a cláusula em apreço *"não visa reparar o credor mas destina-se a pressionar o devedor ao cumprimento, não se destina a substituir a indemnização a que houver lugar nos termos gerais"*;
- TT. Por consequência, a fundamentação desta parte da decisão que não tem enquadramento legal, nem contratual - legalmente, em caso de dúvida, a cláusula penal deve ser considerada "compensatória" por força do art. 799 n. 2 do CC; contratualmente, as Cláusulas 38.7 e 38.8 do Contrato são absolutamente claras a determinar que a indemnização é devida para o caso de resolução pela gestora do centro em caso de incumprimento imputável ao lojista;
- UU. Estando-se em face de uma cláusula penal compensatória deve entender-se que, no caso *sub judice* se verifica uma situação de iniquidade, porque a pena concreta é francamente exagerada face aos danos efectivos, ou conjecturais da **Recorrida**, e a sua imposição às **Recorrentes** representa uma violação grave do princípio da boa fé, sendo que também o Tribunal *a quo* não sopesou devidamente as particularidades e o justo balanço dos interesses em jogo no Contrato objecto dos autos;
- VV. Embora em sede de cláusula penal não caiba fazer prova e determinação exacta dos prejuízos sofridos, tem o julgador o dever de fazer uma projecção dos prováveis prejuízos sofridos como condição de poder determinar se, em concreto, a pena convencional é ou não excessiva e, consequentemente, poder fundadamente decidir se deverá ou não haver lugar à sua redução de acordo com a equidade - exercício obrigatório que não foi feito, tendo o Tribunal *a quo* se limitado a conjecturar que uma pena que impõe o pagamento daquilo que sempre seria devido se o Contrato fosse cumprido até final é razoável e não excessiva;
- WW. Independentemente de ser ou não validada a resolução operada pela **Recorrente MMM Macau Limitada**, era inquestionável o

seu repúdio definitivo do Contrato, pois a entrega da loja foi realizada na sequência da comunicação da resolução do Contrato por aquela **Recorrente**, i.e. desde 25-09-2009 que a **Recorrida** estava na posse da loja e poderia de novo ceder o seu uso a qualquer terceiro interessado;

XX. Para aferir da excessividade ou não da cláusula penal no caso concreto dos autos tem de se assentar no pressuposto, de que todo o centro comercial é o maior sucesso - **incluindo o Piso M** - e não que, de facto, se verificou o fracasso comercial objectivo do **Piso M** que fundamenta e torna lícita a resolução do Contrato pela **Recorrente MMM Macau Limitada** e deve fazer secumbir a condenação na cláusula penal;

YY. Assumindo que o **Piso M** é um sucesso comercial, sendo a gestora do centro de 1ª Classe e tendo a Loja sido devolvida cerca de dois anos depois de celebrado o Contrato, é expectável e razoavelmente conjecturável que em poucos meses após a data (19 de Novembro de 2009) em que alegadamente a **Recorrida** resolveu o Contrato esta conseguisse ceder o uso da loja que foi objecto do Contrato a terceiro interessado no elevado potencial comercial da loja em causa face ao presumível elevado potencial comercial do Piso M e por valor superior ao anteriormente contratado com a **Recorrente MMM Macau Limitada**, i.e., teria a **Recorrida** tão só um prejuízo de HK\$398,786.22 (HK\$132,928.74 Base Fee, Promotional Fee e Management Fee por mês x 3);

ZZ. Para poder fundamentadamente decidir se a cláusula penal no caso concreto dos autos é ou não excessiva, o Tribunal *a quo* deveria ter concluído que, por um lado, temos um prejuízo estimado da Recorrida de HK\$398,786.22 e, por outro, uma condenação das Recorrentes nos termos da cláusula penal de HKD2.632.632,47, donde resulta uma diferença a favor da Recorrida no valor de HK\$2,233,846.25 - valor que não corresponde a qualquer prejuízo efectivo da Recorrida;

AAA. Para aferir em sede de juízo de equidade, dada a factualidade assente, deveria também o Tribunal *a quo* ter considerado alguma distribuição de responsabilidades no insucesso comercial do Piso M

e, por isso, determinar uma pena concreta menor do que aquela que resulta do Contrato, incluindo tendo em consideração que, por força dos termos do Contrato, nem sequer as Recorrentes tinham a possibilidade de se defender por via de cessão da posição contratual a terceiro, solução que lhes estava proibida por força das Cláusulas 48.4, 18, 15.5, 15.6 e 15.7 do Contrato.

BBB. Entendem as Recorrentes que no caso concreto a cláusula penal de HKD2.632.632,47 é manifestamente exagerada e deve ser reduzida pelo Tribunal *ad quem* de acordo com o seu justo arbítrio, ao abrigo do artigo 801<sup>o</sup> do CC.

Nestes termos e nos mais de Direito aplicáveis, deve o presente recurso ser julgado totalmente procedente, e em consequência determinada a revogação da decisão recorrida e a sua substituição por outra que determine que a resolução do Contrato operada pela Recorrente MMM Macau Limitada foi válida e, caso assim não se entenda, deve a cláusula penal concretamente aplicada ser reduzida segundo juízos de equidade, só assim se fazendo a almejada

Justiça!

Ao recurso não respondeu a Autora Vvv Cotai, S.A. pugnando pela improcedência do recurso.

## II

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

Antes de mais, é de salientar a doutrina do saudoso PROFESSOR JOSÉ ALBERTO DOS REIS de que “*quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe*

*incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão” (in CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO, Volume V – Artigos 658.º a 720.º (Reimpressão), Coimbra Editora, 1984, pág. 143).*

Conforme resulta do disposto nos artºs 563º/2, 567º e 589º/3 do CPC, são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de conhecimento officioso.

Em face das conclusões tecidas na petição do recurso, são as seguintes questões que constituem o objecto da nossa apreciação:

- 1. Da natureza jurídica do contrato;**
- 2. Do direito à resolução do contrato; e**
- 3. Da redução equitativa da cláusula penal.**

Na sentença ora recorrida, foi tida por assente a seguinte matéria de facto:

*A A. é uma sociedade comercial que se dedica, entre outras actividades, à construção e gestão de centros comerciais, tendo no âmbito dessa actividade promovido a construção do centro comercial denominado THE SHOPPES AT XXXX XXXX COTAI STRIP sito no The Vvv Macau Resort Hotel, Estrada da Baía de Nossa Senhora da Esperança, s/n, Taipa, Macau, centro comercial esse de que é dona e legítima proprietária. (A)*

*No âmbito dessa actividade a A. celebrou em 22 de Fevereiro de 2008 com a 2ª R. MMM ASIA LIMITED, um acordo escrito, redigido em língua inglesa, que intitularam de*

*«Agreement for the Grant of a Right of Use a Shop in the Shoppes at XXXX XXXX Cotai Strip Macao», relativo ao uso da loja \*\*\*\* sita naquele centro comercial e tendo em vista a instalação de um estabelecimento de venda de artigos de luxo como óculos e outros acessórios de moda, conforme resulta do documento de fls. 21 a 66 dos autos, cujo teor integral aqui se dá por reproduzido. (B)*

*Em 10 de Maio de 2008, a A., a 2ª R., MMM ASIA LIMITED e a 1ª R., MMM MACAU LIMITADA, celebraram um acordo escrito, redigido em língua inglesa, que designaram por “Assignment and Adherence Agreement”, através do qual a 2ª R. cedeu a sua posição contratual à 1ª R., no negócio aludido em B) conforme resulta do documento de fls. 67 a 70 dos autos, cujo teor integral aqui se dá por reproduzido. (C)*

*Na sequencia do acordado em B) e C), a A. facturou à 1ª R. os seguintes valores relativos a «Base Fee», «Management Fee», «Promotion Levy» e os consumos de electricidade, relativos ao período que medeia entre 15 de Abril de 2009 e 1 de Novembro de 2009:*

*a) Factura nº ISF000701, emitida em 15/04/2009, com vencimento em 01/05/2009 no montante de HKD\$132.928,74;*

*b) Factura nº ISF000760, emitida em 01/05/2008, com vencimento em 01/06/2009 no montante de HKD\$300,00;*

*c) Factura nº ISF000881, emitida em 20/05/2009, com vencimento em 01/06/2009 no montante de HKD\$6.567,83;*

*d) Factura nº ISF000827, emitida em 13/05/2009, com vencimento em 01/06/2009 no montante de HKD\$132.928,74;*

*e) Factura nº ISF000963, emitida em 12/06/2009, com vencimento em 01/07/2009 no montante de HKD\$132.928,74;*

f) *Factura nº ISF001033, emitida em 1/07/2009, com vencimento em 14/07/2009 no montante de HKD\$3.401,07;*

g) *Factura nº ISF001090, emitida em 13/07/2009, com vencimento em 01/08/2009 no montante de HKD\$2.863,94;*

h) *Factura nº ISF001214, emitida em 28/07/2009, com vencimento em 15/08/2009 no montante de HKD\$2.815,85;*

i) *Factura nº ISF001149, emitida em 14/07/2009, com vencimento em 01/08/2009 no montante de HKD\$132.928,74;*

j) *Factura nº ISF001332, emitida em 15/08/2009, com vencimento em 01/09/2009 no montante de HKD\$3.133,38;*

l) *Factura nº ISF001276, emitida em 07/08/2009, com vencimento em 01/09/2009 no montante de HKD\$132.928,74;*

m) *Factura nº ISF001474, emitida em 15/09/2009, com vencimento em 01/10/2009 no montante de HKD\$2.501,56;*

n) *Factura nº ISF001420, emitida em 10/09/2009, com vencimento em 01/10/2009 no montante de HKD\$132.928,74;*

o) *Factura nº ISF001592, emitida em 14/10/2009, com vencimento em 01/11/2009 no montante de HKD\$2.198,43;*

p) *Factura nº ISF001539, emitida em 13/10/2009, com vencimento em 01/11/2009 no montante de HKD\$132.928,74;*

q) *Factura nº SF0000000048, emitida em 30/10/2009, com vencimento em 06/11/2009 no montante de HKD\$21.281,75. (D)*

*Para caucionar o cumprimento das obrigações decorrentes da celebração do negócio aludido em B) a 1.ª R.*

*entregou à A., em 22 de Fevereiro de 2008 a quantia de HKD\$476.000,00 (quatrocentos e setenta e seis mil dólares de Hong Kong). (E)*

*A A. utilizou o montante referido em E) para pagamento parcial dos montantes facturados e aludidos em D). (F)*

*Nos acordos aludidos em B) e C) a 2ª R. MMM ASIA LIMITED, constituiu-se como fiadora e principal pagadora de todas as obrigações assumidas pela 1ª R. com expressa renúncia ao benefício da excussão prévia. (G)*

*Ao abrigo do acordo aludido em B) a 1ª R. entregou à A., ainda, as seguintes prestações:*

*Honorários de Inspeção (“Vetting Fee”): HKD\$17.000,00 (Item 6 do Anexo (“Schedule”) do Contrato;*

*Renda Base Adiantada (“Advanced Base Fee”): HKD\$119.000,00 (Item 16 do Anexo do Contrato. (H)*

*O acordo aludido em B) termina com apêndices onde se contemplam as condições particulares de cada lojista do aludido centro comercial. (I)*

*Numa reunião realizada entre as RR. e a A. em meados de 2007, a segunda fez a apresentação do complexo comercial da Vvv no Cotai, procedeu a um relato circunstanciado dos planos que tinha para esse complexo e fez uma série de projecções do que viria a ser o complexo de Vvv. (J)*

*Para elucidar a 2.ª R. sobre o teor do projecto, a A. deu como exemplo referência o “The Grand Canal Shoppes” do Vvv em Las Vegas, para que assim a 2ª R. tivesse uma ideia daquilo que a A. já tinha conseguido noutra local com evidente sucesso, tendo-lhe sido entregue um prospecto com a apresentação do complexo de Las Vegas(L)*

*Em meados de 2007, a Vvv Marketing Services Ltd.,*

*através da Sra. Ttt, com a posição de “Leasing Manager, Retail Development” abordou a Mmm Asia Ltd., ora 2ª R., na pessoa do seu Administrador Sr. Kkk, para a convidar a abrir uma loja para comercializar os óculos e produtos congéneres da marca “Mmm” no complexo comercial da Vvv no COTAI, formado pelos centros comerciais “The Grand Canal Shoppes at The Vvv Macau”, o CC XXXX XXXX, e os hotéis Vvv, XXXX XXXX e os hotéis planeados para o espaço adjacente ao XXXX XXXX a explorar por grandes marcas hoteleiras internacionais. (M)*

*A Vvv Marketing Services Ltd. é uma empresa do grupo de empresas de que a A. faz parte e presta serviços à A. como sua agente para a promoção e angariação de lojistas para centros comerciais que integram o complexo comercial da Vvv no COTAI. (N)*

*Durante a reunião de apresentação do complexo comercial da Vvv no COTAI, a Vvv Marketing declarou à 2ª R. que o Complexo Comercial seria de topo, de 1ª Classe, não só em termos de estrutura, acabamentos e acessibilidades, mas também em termos de gestão, “tenant mix”, ambiente (“streetmoshere”), publicidade e promoção de eventos. (O)*

*A Vvv Marketing informou a 2ª R. que dirigiu convites e já tinha cartas de oferta (“Letters of Offer”) de várias marcas mundiais famosas para abrirem lojas no Complexo Comercial e que a Loja Aaa Mmm seria uma delas. (P)*

*A Vvv Marketing declarou à 2ª R. que seriam organizados vários eventos regulares para promover os centros comerciais da Vvv no Complexo Comercial e para atrair visitantes aos mesmos numa base diária. (Q)*

*A Vvv Marketing invocou à 2ª R. que a empresa holding da A., a Las Vegas Sss Corp., tinha o melhor registo de sucesso nas áreas de entretenimento e retalho, facto que era provado pelos resultados fantásticos do “The Vvv Las Vegas”.*

(R)

*A Vvv Marketing afirmou também que não era apenas a “promessa de lojas de topo que atrairia as pessoas ao magnífico resort”, mas, sobretudo, o conjunto de serviços prestados e estrutura envolvente do Complexo Comercial.*

(S)

*A Vvv Marketing declarou à 2ª R. que de acordo com o projecto, os estudos e projecções feitas, o Complexo Comercial seria o espelho do sucesso notável do “The Grand Canal Shoppes” do Vvv em Las Vegas, apresentando como referência os números deste último, a saber: 45.000 visitantes por dia; 1.5 milhões de visitantes por mês; 20 milhões de visitantes por ano; uma média de visita a 5.3 lojas por cada visitante, com uma média de consumo por visita de USD131 (cerca de MOP1020 @ USD1 = MOP7.8) (T)*

*A Autora declarou à 2ª R. que o Complexo Comercial seria a “Mecca” do consumo, e que o Vvv Macau seria o centro do Cotai Strip. (U)*

*A Vvv Marketing declarou à 2ª R. que, como parte integrante de todo o projecto e como meio de dinamizar a clientela do Complexo Comercial, até ao final de 2008 seriam construídos mais hotéis nas áreas circundantes, referindo as cadeias internacionais Hilton e Starwoods Resorts, suspensos indefinidamente. (V)*

*À data em que a 2ª R. foi contactada e na data em que subsequentemente acordou tal como resulta assente em B), o CC XXXX XXXX ainda não tinha sido inaugurado. (X)*

*Em 25 de Outubro de 2007, a A. preparou e apresentou uma carta proposta “Letter of Offer” à 2ª R. relativa à Loja \*\*\*\* do CC XXXX XXXX, em conformidade com o teor do documento junto a fls. 421 a 426 dos autos cujo teor integral aqui se dá por reproduzido. (Z)*

*Em 6 de Novembro de 2007, a 2ª R. assinou a “Letter of Offer”. (AA)*

*A constituição da sociedade 1ª R. e a cessão aludida em C) foram imposições da Autora à 2ª R., por força da cláusula 13 da “Letter of Offer”. (AB)*

*Em 2 de Junho de 2008, quando a inauguração do CC XXXX XXXX tinha sido protelada para Agosto de 2008, a Autora informou a 1ª R. do “tenant mix” do CC XXXX XXXX que existiria à data da inauguração. (AC)*

*Em 25 de Agosto de 2008, a A. fez circular o programa da inauguração do CC XXXX XXXX (o “Programa de Inauguração”) em simultâneo com a inauguração do Hotel XXXX XXXX, o Ppp Casino e o espectáculo Zzz. (AD)*

*O pré-aviso da inauguração do centro comercial foi feito apenas com três dias de antecedência. (AE)*

*A Aaa Mmm não foi convidada pela A. para a conferência conjunta entre a A. e os principais retalhistas. (AF)*

*A A. não convidou o Director Executivo e Gerente Geral (“CEO/GM”) do Grupo Aaa Mmm para a Inauguração do centro comercial. (AG)*

*No dia da inauguração da mega-loja da “DFS” no r/c, em 29.08.2008, as escadas rolantes do Piso do Lobby para o Piso M, com chegada junto à loja da Mmm estavam bloqueadas e inacessíveis sem que a A. tivesse dado qualquer pré-aviso à 1ª R. (AH)*

*Em 13.11.2008 os responsáveis da A. e 1ª R. reuniram em Macau para debater a situação da loja da segunda, tendo após a reunião ficado em cima da mesa as seguintes hipóteses: (1) Mudança do local da Loja Mmm; (2) Extensão por um período adicional de 12 a 158 meses de isenção de*

*Renda Base; e (3) Resolução/acordo de revogação; denúncia antecipada do Contrato. (AI)*

*Por esta altura, a A. tinha substituído toda a sua Equipa de Gestão de Retalho e deu também notícia durante a reunião que tinham previstos vários programas de marketing e outros tipos de promoção do CC XXXX XXXX. (AJ)*

*Em 06.02.2009, a A. propôs à 1.<sup>a</sup> Ré mais três (3) meses de renúncia à Renda Base, além dos quatro meses iniciais, acrescidos de dois meses subsequentes, num total de seis meses de renúncia de Renda Base que a A. já havia anteriormente concedido à 1.<sup>a</sup> R., na condição de a 1.<sup>a</sup> R. renunciar a todos os direitos de indemnização que pudesse eventualmente ter por causas de incumprimento de obrigações da A. até essa data. (AL)*

*Em 25.09.2009, a 1.<sup>a</sup> R. restituiu à A. a Loja, entregando-lhe as chaves, tendo a A. acusado recepção das chaves nessa mesma data. (AM)*

*A A., em 10 de Novembro de 2009, comunicou às RR., por escrito, que deveriam pagar as quantias facturadas e aludidas em D) no prazo de 8 dias a contar da recepção dessa carta, sob pena de não o fazendo, se considerar o contrato resolvido por incumprimento imputável à R. (AN)*

*Essa comunicação foi recebida pelas RR. em 17 de Novembro de 2009. (AO)*

*Em 16.04.2010 a 1.<sup>a</sup> R solicitou à A. a denúncia antecipada do Contrato, elencando o sumário das principais razões para o efeito que foram sendo apresentadas ao longo do tempo, com o resultado no baixo tráfego de visitantes do CC XXXX XXXX e no Piso M em particular. (AP)*

*A 1.<sup>a</sup> R. deve à A., a título de consumos de electricidade na aludida loja, e do custo de cartões de staff a quantia de HKD\$23.782,06. (AQ)*

O Centro Comercial “XXXX XXXX” integra-se numa infra-estrutura que obedece ao conceito de resort integrado, constituído por áreas de casino, de comércio, hotéis, restaurantes, áreas de entretenimento e de espectáculo, etc. estando directamente ligado ao “The Grand Canal Shoppes”. (AR)

Desde 1978, quando foi criada a marca “Mmm” a partir do estúdio original em Paris, até 2006, o grupo Aaa Mmm internacionalizou-se e tem abertas várias lojas por todo o mundo, tendo presentemente 22 lojas, nomeadamente nos Estados Unidos (3 lojas), Alemanha (2 lojas), Finlândia (1 loja), Hong Kong (3 lojas), Itália (1 loja), Japão (6 lojas), França (5 lojas) e Taiwan (1 loja). (AS)

As lojas “Mmm” localizam-se nas principais cidades da moda dos países em que o grupo tem operações, nomeadamente Nova York, Berlim, Dusseldorf, Helsinquia, Hong Kong e Kowloon, Milão, Toquio, Nagoya, Osaka, Paris, St Germain en Laye e Taipé. (AT)

Para além das suas lojas, os produtos da marca “Mmm” são também vendidos, entre outros países, na Austrália, Espanha, Holanda, Bélgica, Singapura e Tailândia, através de agentes locais. (AU)

Em 2000, a empresa Mmm empregava 220 pessoas, com vendas de aproximadamente 220 milhões de francos franceses. (AV)

A primeira e única loja que a 2ª R. abriu em Macau foi no CC XXXX XXXX da A. (AX)

Desde que se iniciou a operação da aludida Loja, até ao seu encerramento e restituição à A., nunca as RR. conseguiram facturar um montante que gerasse o direito da A. de receber Participação na Facturação. (2º)

O acordo aludido em B) foi estruturado e minutado de

*antemão pela A. para ser usado em todos os negócios a celebrar com lojistas do CC XXXX XXXX. (3º)*

*O acordo escrito designado “Letter of Offer” celebrado entre a 2ª R. e a A. que antecedeu a celebração do negócio aludido em B), também foi minutado de antemão pela A. (4º)*

*Tendo a A. estabelecido que o lojista, ora 2ª R., aceita celebrar o contrato definitivo em conformidade com os termos e condições gerais usados para todos os contratos que a Autora celebra com os lojistas do CC XXXX XXXX. (5º)*

*Nenhuma das RR. foi inicialmente informada pela Autora de quais seriam as marcas que efectivamente estariam representadas no Centro Comercial. (8º)*

*Só em 20 de Março de 2008, após várias solicitações da 2ª R., a A., por correio electrónico, informou a 2ª R. sobre quem se previa serem os arrendatários das outras lojas no Piso M. (9º)*

*Por esta altura, com a inauguração então prevista para final de Abril de 2008, tinham sido assinados 7 contratos definitivos para ocupação de lojas no piso M do Centro Comercial XXXX XXXX. (10º)*

*As lojas que formavam o Piso M, eram as seguintes:*

- a) duas lojas de serviços financeiros;*
- b) uma de produtos medicinais chineses;*
- c) duas joelharias;*
- d) uma loja de produtos de beleza (“Fish SPA”);*
- e) um restaurante;*
- f) duas lojas de vendas de vinho;*
- g) uma loja de antiguidades;*

*h) uma loja de antiguidades e galeria de pintura;*

*i) uma loja galeria de pintura. (11º, 15º e 16º)*

*O Piso M consiste num meio piso por referência aos Pisos 1 (r/c) e Piso 2 do CC XXXX XXXX e apresenta-se de uma forma isolada. (12º)*

*O “tenant mix” do piso M dificulta uma dinâmica de curiosidade e interesse e, conseqüentemente, de gerar tráfego e consumo pelos visitantes do CC XXXX XXXX. (17º)*

*No piso M do aludido centro comercial, de entre as lojas previstas, seis estavam ainda fechadas em 05.05.2010, por nunca terem aberto. (18º)*

*Uma dessas lojas do Piso M, ao contrario das normas do CC XXXX XXXX impostas pela A., nem sempre está aberta. (19º)*

*A 1ª R. transmitiu à A., nos diversos emails trocados entre 21.05.2008 e 29.05.2008, a sua preocupação em, de forma organizada, programar e desenvolver o marketing associado à abertura da Loja em simultâneo com a inauguração do CC XXXX XXXX. (20º)*

*A A. esteve sistematicamente indisponível para reunir com a 1.ª R. (21º)*

*Provado apenas o teor das alíneas AD) e AE) dos factos assentes. (22º)*

*De acordo com o Programa de Inauguração do Centro Comercial XXXX XXXX, não houve uma única actividade ou evento programado e realizado para o Piso M. (23º)*

*O Piso M (denominado também de “M floor”) foi excluído do Press & VIP Tour no dia da inauguração. (24º)*

*A A. não conferiu à loja da 1.ª R. qualquer exposição*

*pública no momento da inauguração do Centro Comercial. (25º)*

*A A. não incluiu informação sobre a Loja “Mmm” no press release da inauguração do Centro Comercial. (26º)*

*Desde princípios de Maio que a 1ª R. vinha solicitando informação à A. relativamente à data da inauguração do centro comercial. (27º)*

*O Programa de Inauguração, relativamente às acções subsequentes ao dia da inauguração, resumiu-se a dois itens:*

*a) anúncios na imprensa, limitados a Hong Kong, Macau e China, na maior parte dos casos não-diária; anúncios em táxis de Macau, outdoors em Hong Kong e Macau; anúncios em quatro (4) sites na internet e três motores de busca na internet: “Baidu, Yahoo, Google”;*

*b) um evento de uma semana: “Macau Fashion Week”, sem qualquer indicação dos detalhes sobre o evento. (28º)*

*Sempre que a 1ª R. pedia o apoio da VvV era-lhe respondido “Têm que ser compreensivo os da posição da vossa marca, que não é uma marca internacional. (29º)*

*À marca do grupo Aaa Mmm nunca era dada prioridade nos programas de promoção realizados. (30º)*

*A pessoa de contacto do departamento de Marketing da A. estava frequentemente incontactável: conta de e-mail cheia, voice mail do telefone sempre cheio e as respostas a qualquer solicitação da 1ª R. eram sempre dadas com bastante atraso. (31º)*

*A imprensa deu uma exposição muito limitada, desde a inauguração até ao encerramento, à loja da 1ª R. (32º)*

*A A. não providenciou instalações para imprensa e de*

*suporte para tours de imprensa organizados pelos lojistas para promoção das suas marcas. (34º)*

*A A. não promoveu a publicidade da marca das RR. nos suportes de publicidade do Complexo Comercial, como por exemplo a publicidade rotativa no placard da Vvv ou do CC XXXX XXXX, ou nos anúncios televisionados do Cotai Jet. (35º)*

*A A. cobra às RR., todos os meses, honorários de Promoção (“Promotion Fee”). (36º)*

*Em 23.10.2008, a 1ª R. dirigiu à A. uma carta em que resumia todos os aludidos factos relativos à performance da Equipa de Marketing. (37º)*

*Para cobrir um custo operacional mensal então de HKD\$75.640,00, a 1ª R. facturou em Agosto de 2008, HKD\$38.384,00. (38º)*

*Em Setembro de 2008, HKD\$67.449,00. (39º)*

*E em Outubro de 2008, HKD\$78.245,00. (40º)*

*Registando a loja Mmm um tráfego semanal de 10 pessoas ao longo de um período de três meses. (41º)*

*A 1ª R., por correio electrónico de 26.11.2008, confirmado formalmente por carta de 08.01.2009, comunicou à A. que tinha razões para o não cumprimento do acordado em B). (42º)*

*Em 22.01.2009, a A. aceitou que a 1ª R. suspendesse o pagamento da Renda Base até uma decisão do seu nível de gestão superior (“Senior Management”) que remeteu para meados de Fevereiro. (43º)*

*A 1ª R. sofreu um prejuízo operacional de HKD\$819.641,26, desde Agosto de 2008 a Março de 2010. (44º)*

*A 1ª R. suportou custos de decoração e equipamento da Loja no montante de HKD\$1.718.255,85. (45º)*

*Em 25.09.2009, à falta de notícias da A., a 1ª R., por e-mail e EMS, comunicou à A. a sua decisão de resolver o Contrato. (46º)*

*A A. declarou à 1ª R. que tinha grande capacidade de gestão e promoção de centros comerciais, de 1ª Classe. (47º e 48º)*

*A 1ª R. notificou a A. de que iria passar a exercer a sua faculdade de excepção de não cumprimento do Contrato por correio electrónico, confirmado por carta, datados respectivamente de 26.11.2008 e de 08.01.2009. (50º)*

*A loja da Mmm no Pacific Place em Hong Kong no período de Agosto de 2008 a Setembro de 2009 (13 meses), correspondente ao período de abertura da Loja Mmm no CC XXXX XXXX, gerou um lucro, antes de impostos, de HKD\$3.959.302,31. (51º)*

*Quando negociou e contratou com a A., a 1ª R estimou uma facturação média mensal para a Loja Mmm em Macau de HKD\$800.000,00 por mês, conforme informou à A. na sua carta de 23.10.2008. (52º)*

*Estimou um custo operacional médio de HKD\$194.640,00, o que daria para a Loja Mmm de Macau um lucro mensal médio, antes de impostos, de HKD\$405.360,00. (53º)*

*Na fase de negociação do acordo aludido em B) a A. entregou os documentos constantes dos autos a fls. 788 a 818. (54º)*

*A minuta do acordo aludido em B) foi enviada à 2ª R. no dia 25.10.2007. (55º)*

*Nessa dia, por e-mail enviado para a 2ª R, a A.*

*enviou-lhes ainda a “proposta contratual”, os esboços e questões relativas à concepção da loja e um folheto informativo sobre o contrato de utilização de loja em centro comercial. (56º)*

*Em seguida, foi trocada diversa correspondência entre a 2ª R. e a A., por correio electrónico, relativa ao conteúdo do contrato. (57º)*

*No apêndice 8 ao acordo aludido em B) constam as condições especiais à referida minuta contratual. (58º e 59º)*

*A A. realizou um forum de marketing no dia 24.06.2008 tendo as RR. sido convidadas para tal evento. (61º)*

*O Centro Comercial começou a funcionar em 28.08.2008 e nessa data a loja das RR. já se encontrava aberta. (62º)*

*A informação da loja Mmm não constou do “press release”. (64º)*

*Para a conferência conjunta da A. com os principais retalhistas foram apenas convidados, por razões logísticas, as marcas de maior implantação mundial e com maior prestígio e notoriedade na Ásia. (65º)*

*Incumbia às próprias lojas fazer-se representar e convidar quem entendessem para a inauguração. (66º)*

*O que está subjacente à “Promotion Levy”, estabelecida no contrato aludido em B) é a promoção do Centro Comercial “XXXX XXXX” e não de qualquer loja em especial. (67º)*

*A publicidade específica das marcas e lojas nos suportes de publicidade do complexo comercial, como por exemplo a publicidade rotativa no placard do Vvv ou do Centro Comercial XXXX XXXX, ou ainda anúncios televisionados nos barcos da Cotai Jet ou nos autocarros, é um extra que tem de ser pago pelos lojistas. (68º)*

*A A. permitiu, logo após a abertura do Centro Comercial, que aqueles suportes publicitários fossem utilizados gratuitamente pelos lojistas. (69º)*

*E foi ainda publicitada gratuitamente na Revista “Cotai Style”, na Primavera de 2009. (70º)*

*Todos os lojistas estão listados no directório do centro comercial, assim como no directório de todos os quartos do Hotel XXXX XXXX. (71º)*

*A A. levou a cabo as acções promocionais no Centro Comercial XXXX XXXX:*

- a) “One-in-a-million Reward Program”, Agosto de 2008;*
- b) “Semana da Moda 2008”;*
- c) “Master Card-Best of Macao 2008”, de 29 de Setembro a 31 de Dezembro de 2008;*
- d) “Semana Dourada de 2008”, de 1 a 7 de Outubro;*
- e) “Campanha de Inverno em 2008”;*
- f) “Concurso Miss Internacional”, em 8 de Novembro de 2008;*
- g) “Campanha de Ano Novo”, em Janeiro de 2009;*
- h) “Maiores Saldos de Marcas na Ásia”, em Fevereiro de 2009 (ABBS);*
- i) “Desfiles de Moda 2009”;*
- j) “Noite de Compras de Natal”, em Novembro de 2009;*
- l) “Clientes Privados”, Agosto de 2008 - Junho de 2010;*
- m) “Quarteto de Cordas 2009 e muito mais” – Actuações musicais no Centro Comercial XXXX XXXX. (72º)*

*A Loja da 1ª R. participou directamente nas campanhas*

*“Master Card-Best of Macao 2008” e “Campanha de Inverno em 2008”. (73º)*

*No âmbito da campanha “Desfiles de Moda 2009”, a marca da 1ª R. teve oportunidade de realizar, no dia 07.02.2009, o seu próprio desfile, no Casino Ppp, numa iniciativa da responsabilidade da A. (74º)*

*O Quarteto de Cordas actua no Centro Comercial XXXX XXXX, desde Abril de 2009, em frente da Loja da 1ª R, com duas actuações diárias de 30 minutos cada. (75º)*

*Entre os dias 15 e 17 de Setembro de 2009 realizou-se uma visita guiada de uma delegação de jornalistas chineses, de Guangzhou e Xangai, ligados ao mundo da moda, que visitaram, entre outras, a loja da 1ª R. (76º)*

*O Centro Comercial XXXX XXXX beneficia das acções promocionais específicas do Centro Comercial The Grand Canal Shoppes. (77º)*

*O grupo empresarial em que a A. se insere realiza:*

- a) promoções de jogo no Casino todas as semanas;*
- b) programas de transporte gratuito de visitantes entre os postos fronteiriços terrestre e marítimos e a Vvv;*
- c) promoções de transporte marítimo de passageiros nos barcos da Cotai Jet através da oferta de bilhetes ou da redução do seu preço;*
- d) promoções de hospedagem nos hotéis, através de uma política de redução dos preços;*
- e) feiras; convenções; espectáculos, incluindo o espectáculo da responsabilidade da companhia residente “Cirque du Soleil”;*
- f) jogos de basket com equipas da NBA;*

*g) partidas de ténis com os mais conceituados jogadores de ténis do mundo;*

*h) concertos com artistas de renome mundial;*

*i) animação de rua, festa da Tatler, Óscares do cinema indiano (Bollywood). (78º)*

*É respondido em conjunto com os quesitos 80º a 83º. (79º)*

*A loja \*\*\*\* (Jjj Ccc) do Centro Comercial XXXX XXXX facturou no ano de 2009 o valor total de HKD\$10.518.538,81, tendo facturado até 12 de Julho de 2010 o valor de HKD\$6.522.077,67. (80º)*

*A loja \*\*\*\* (Bbb Jjj) do Centro Comercial XXXX XXXX, no mesmo ano, realizou vendas no valor total de HKD\$8.965.000,00, tendo facturado já nos primeiros 2 meses de 2010 o valor de HKD\$2.048.129,13. (81º)*

*A loja \*\*\*\* (Ooo Ppp) do Centro Comercial XXXX XXXX, no mesmo período, facturou o valor de HKD\$6.172.724,28, tendo facturado até 12 de Julho de 2010 o valor de HKD\$5.334.415,53. (82º)*

*A loja \*\*\*\* (Ddd Fff Shop) do Centro Comercial XXXX XXXX, que ocupa todo um andar, facturou no mesmo período, o valor de HKD\$1.471.906.301,75, tendo facturado nos primeiros 5 meses de 2010 o valor de HKD\$841.309.648,21. (83º)*

*A média mensal das vendas de todas as lojas do XXXX XXXX, nos anos de 2009 e 2010, situou-se entre os 200 a 230 milhões de dólares de Hong Kong. (84º)*

*O Piso 1 do centro comercial XXXX XXXX está ocupado pela DFS – Ddd Fff Shop que alberga diversas boutiques de marcas como a “Louis Vuitton”, a “Prada”, a “Chanel”, a “Hermés”, a “Dior”, a “Bally”, a “Gucci”. (87º)*

*O Piso 2, que tem acesso directo ao The Grand Canal Shoppes, estão localizadas lojas como a “Versace”, a “Givenchy”, a “Max Mara”, a “Hugo Boss”, a “Armani”, a “Valentino”. (88º)*

Então apreciemos.

Antes de mais, dando uma vista dos olhos à sentença recorrida, não podemos deixar de louvar a decisão recorrida que se debruçou detalhada e exaustivamente todas as questões suscitadas na primeira instância e que em face das questões ora trazidas por via do presente recurso pelas recorrentes não vemos razões para não manter o decidido pelo Tribunal *a quo*.

Assim, à brilhante fundamentação da sentença recorrida, na parte que diz respeito às concretas questões que ora nos foram colocadas, limitamo-nos a acrescentar as seguintes considerações.

## **1. Da natureza jurídica do contrato**

*In casu*, está em causa um contrato inominado de cedência temporário de gozo de uma loja instalada num centro comercial.

Sobre a natureza jurídica deste tipo de contrato, há quem defende que se trata simplesmente de um tipo de arrendamento de imóveis para comércio – *cf. v.g. Galvão Telles, in Utilização de Espaço nos «Shopping Centers», CJ, XV, II, 23 s.s..*

Por sua vez, opinou o Prof. Antunes Varela:

*“A prestação realizada pelo fundador ou criador do centro (que vai desde a concentração dos estabelecimentos, a selecção criteriosa das lojas – tenant mix – a implantação*

*das chamadas lojas âncoras ou lojas magnéticas, a decoração feérica do conjunto, a criação e funcionamento de serviços comuns, muitas vezes dispendiosíssimos, a instalação de áreas de recreio e diversão destinadas a atrair e fixar a clientela e seus familiares, até à prestação de vários serviços essenciais, como a segurança, a vigilância, a limpeza e higiene dos edifícios, e dos recintos, passando pelos amplos parques de estacionamento, destinados a facilitar o acesso do público) é de tal modo rica e complexa que um ponto há muito tempo pode dar-se como tranquilamente aceite pelos autores. É que o contrato realizado entre o promotor e titular do centro comercial e cada um dos lojistas não pode reduzir-se ao esquema mirrado do contrato de arrendamento urbano para fins comerciais, em que o senhorio se limita a proporcionar ao arrendamento o gozo temporário de qualquer imóvel.” – in Obrigações em Geral, I, 7ª, pág. 301.*

De facto, para além da cedência temporária do gozo de certo espaço mediante uma retribuição, o centro comercial proporciona aos lojistas nele instalados um conjunto de serviços e facilidades capazes de atrair para cada um desses lojistas um fluxo da clientela, com a qual não poderiam contar se estivessem a instalar-se isoladamente em outro espaço físico, o que valoriza o contrato e que nos leva a aderir à tese do Prof. Antunes Varela, e em consequência, a concluir que o contrato aqui em causa é um contrato inominado ou atípico, regido pelo princípio da autonomia privada, que se sujeita sim às regras e princípios reguladores dos contratos em geral.

## **2. Do direito à resolução do contrato**

A fim de procurarem livrar-se das consequências que lhe advém do

comprovado incumprimento do contrato, as recorrentes abandonaram a estratégia de defesa apoiada na tese jurídica da anulabilidade do contrato com fundamento no alegado erro sobre a base do negócio, tendo avançado com a tese jurídica da alteração das circunstâncias em que fundou a sua decisão de contratar com a Autora e defendendo ter direito à resolução do contrato nos termos prescritos no artº 431º/1 do CC.

Por razões que vimos *supra*, está em causa um contrato inominado ou atípico, regido pelo princípio da autonomia privada, que se sujeita às regras e aos princípios reguladores dos contratos em geral.

Portanto é aplicável o invocado artº 431º/1 do CC.

Reza o artº 431º/1 do CC que *“se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.”*

Ao anotarem a norma correspondente no código português, Pires de Lima e Antunes Varela ensinam que:

*1. A resolução ou modificação do contrato é admitida em termos propositadamente genéricos, para que, em cada caso, o tribunal, atendendo à boa fé e à base do negócio, possa conceder ou não a resolução ou modificação.*

*Alude a lei, no entanto, aos seguintes requisitos:*

*a) Que haja alteração anormal das circunstâncias em*

*que as partes tenham fundado a decisão de contratar. É preciso que essas circunstâncias se tenham modificado. Esta providência não se confunde com a teoria do erro acerca das circunstâncias existentes à data do contrato, muito embora haja uma estreita afinidade entre elas (uma, relativa à base negocial objectiva; a outra, assente na base negocial subjectiva). E, além disso, é necessário que a alteração seja anormal. Uma das circunstâncias relevantes pode ser a modificação do valor da moeda. A lei não exige, ao contrário do Código italiano, que a alteração seja imprevisível, mas o requisito da anormalidade conduzirá praticamente quase aos mesmos resultados (cfr. a anoto de Vaz Serra ao acórdão do S. T. J., de 11 de Fevereiro de 1980, na Rev. de Leg. e de Jur., ano 113.º, págs. 306 e segs.).*

*b) Que a exigência da obrigação à parte lesada afecte gravemente os princípios da boa fé contratual e não esteja coberta pelos riscos do negócio, como no caso de se tratar de um negócio por sua natureza aleatório.*

Assim, importa averiguar se, *in casu*, na execução do contrato celebrado entre as Rés e a Autora, houve alteração anormal das circunstâncias que, não sendo concretização dos riscos próprios do contrato, afecte de maneira anómala a base negocial e que torne intolerável a manutenção do contrato.

Então quê alteração das circunstâncias foi invocada pelas recorrentes?

Ora, para além de tecer uma série das considerações doutrinárias abstractas sobre a invocada alteração das circunstâncias como fundamento do direito de resolução do contrato, as recorrentes vieram alegar que “o insucesso do isolado Piso M do centro comercial, que se repercute na inviabilização das perspectivas de

*lucro da lojista - vem reforçar a solução da admissibilidade da desvinculação unilateral do lojista antes do fim do prazo convencionado. O fim de cooperação, que vem no fundo a ser a atracção de clientela para o centro comercial, encontra-se frustrado, sendo inexigível à lojista que se mantenha na exploração de um negócio ruinoso*” – cf. o ponto FF das conclusões do recurso.

Na óptica das recorrentes, o alegado insucesso do Piso M consiste designadamente “no encerramento ou não abertura de todo dum número significativo de lojas, mau tenant mix e ausência de um determinado nível mínimo de clientela” – cf. o ponto II das conclusões do recurso.

As recorrentes descrevem o Piso M como um piso “isolado”.

Para nós, por mais isolado que fosse, as recorrentes não podiam deixar de saber no momento da celebração do contrato, pois não foi demonstrado nos autos que as recorrentes foram enganadas quanto à localização da sua loja dentro do centro comercial, antes pelo contrário, ficou provado que “numa reunião realizada entre as Rés e a Autora em meados de 2007, a segunda fez a apresentação do complexo comercial da Vvv no Cotai, procedeu a um relato circunstanciado dos planos que tinha para esse complexo e fez uma série de projecções do que viria a ser o complexo de Vvv.” – ponto J da matéria especificada.

Desconhecemos as razões que levaram as Rés a optar por uma loja localizada num piso “isolado”, o certo é que a opção foi feita pelas Rés de livre vontade e na base de um consenso negocial com a Autora.

As recorrentes fizeram consistir o alegado insucesso do Piso M no

encerramento ou não abertura de todo dum número significativo de lojas, mau *tenant mix* e ausência de um determinado nível mínimo de clientela.

Quanto ao encerramento ou não abertura de lojas, só podemos dizer que o simples facto de haver encerramento ou não abertura de lojas pode ser motivado por razões múltiplas e tanto o encerramento como a abertura dependem sobretudo da vontade e do plano dos seus donos.

De qualquer maneira, não ficou provado que tais encerramento e não abertura foram imputáveis à Autora.

Por outro lado, se é certo que o fluxo de potenciais clientes fica condicionado à boa localização da loja e/ou da vizinhança de lojas de alta qualidade (v.g. ao lado ou nas imediações de um estabelecimento onde se oferecem produtos de marca de prestígio e de alta qualidade, ou ao lado ou nas imediações de um restaurante muito frequentado), não é menos verdade que, para além das condições do mercado, o sucesso de uma loja num centro comercial já depende muito da boa gestão, da boa qualidade de produtos e serviços que se oferecem aos seus clientes, da razoabilidade dos preços praticados, factores esses que são de inteira responsabilidade do seu dono.

Todavia, mesmo que se reúnem todos estes factores, nomeadamente as boas condições do mercado, a boa gestão da loja, a boa qualidade de produtos e serviços que se oferecem aos seus clientes, a razoabilidade dos preços praticados, o sucesso de uma loja localizada num centro comercial nunca é garantido.

Pois não há negócios sem riscos e necessariamente lucrativos, tal como salientou e bem o Tribunal *a quo*.

São os chamados riscos de negócio que quaisquer operadores do comércio têm de contar com no momento da decisão de investir e assumir no exercício das suas actividades comerciais.

E portanto as Rés ora recorrentes não podem ser imunes a esta regra.

Assim, não é de acolher a tese de que o insucesso da loja das Rés integra o pressuposto da alteração anormal superveniente das circunstâncias em que se fundou a sua decisão de contratar.

O que efectivamente sucedeu com as recorrentes não é mais do que a concretização de riscos próprios dos negócios por elas montados no centro comercial da Autora.

Portanto a exploração deficitária da loja por parte das Rés nunca é subsumível à previsão do artº 431º/1 do CC, por inverificação de um dos requisitos da alteração das circunstâncias, isto é, a alteração não seja risco próprio do contrato.

Inexistindo uma alteração das circunstâncias nos termos prescritos no artº 431º/1 do CC, as Rés não têm o direito à resolução do contrato celebrado com a Autora.

### **3. Da redução equitativa da cláusula penal**

De acordo com a matéria de facto provada, foi celebrado entre as Rés e a Autora um contrato escrito, redigido em língua inglesa, que intitulem de «*Agreement for the Grant of a Right of Use a Shop in the Shoppes at XXXX XXXX Cotai Strip Macau*», relativo ao uso da loja \*\*\*\*, cujo teor integral se dá por reproduzido na matéria de facto assente – matéria especificada em B).

Ficou estipulada nos pontos 7 a 9 da cláusula 38ª do mesmo contrato a fixação de uma cláusula penal, nos termos da qual a Autora teria direito a ser indemnizada pela totalidade dos danos sofridos, em caso de incumprimento imputável à Ré, sendo o montante indemnizatório mínimo o resultante da soma dos valores de “de “base fee”, “management fee” e “promotion levy”, desde a data da resolução do contrato até ao termo do contrato inicialmente estipulado.

A cláusula penal foi qualificada pelo Tribunal *a quo* como pena compulsória, pois na sua óptica, a mesma não visa reparar o credor mas destina-se a pressionar o devedor ao cumprimento, não se destina a substituir a indemnização a que houver lugar nos termos gerais.

Por sentença recorrida, as Rés foram condenadas a pagar à Autora a quantia de HKD\$2.632.632,47, convertível em MOP\$2.711.611,44, que corresponde aos montantes indemnizatórios resultantes da soma dos valores de “base fee”, “management fee” e “promotion levy”, desde a data da resolução até ao termo do contrato inicialmente estipulado.

Com fundamento subsidiário, ou seja, na hipótese de este Tribunal *ad quem* não vir a reconhecer-lhes o direito à resolução do contrato com fundamento na alteração das circunstâncias em que fundaram a decisão de contratar, as recorrentes vieram a questionar a qualificação, feita pelo Tribunal *a quo*, da cláusula como uma cláusula compulsória-sancionatória e pedir a redução equitativa da cláusula penal.

Para o efeito, alega em síntese que a pena concreta é francamente exagerada face aos danos efectivos ou conjecturais da Autora, a

sua imposição representa uma violação grave do princípio da boa fé. Defendendo que, partindo do pressuposto de que todo o centro comercial é o maior sucesso, incluindo o Piso M, a Autora deveria ter conseguido ceder de novo, o uso da loja a um terceiro, em pouco meses após a devolução da loja pelas Rés e ter recebido uma retribuição superior ao anteriormente contrato com as Rés, o que, na óptica das Rés, o Tribunal deve levar em conta. Além disso, as Rés entendem que o Tribunal deveria ter considerado alguma distribuição de responsabilidade no insucesso comercial do Piso M, e a impossibilidade convencional de cessão da posição contratual a terceiro e por isso, determinar uma pena concreta menor do que aquela que resulta do contrato.

Ora, para facilitar a nossa apreciação da questão, é de relembrar as razões que levaram o Tribunal *a quo* a recusar a pretendida redução equitativa.

Diz o Tribunal *a quo* que:

**Redução equitativa da cláusula penal**

*Tal como acima se referiu, podemos configurar a cláusula penal em causa como uma cláusula compulsória-sancionatória, a qual não visa reparar o credor mas destina-se a pressionar o devedor ao cumprimento, não se destina a substituir a indemnização a que houver lugar nos termos gerais.*

*Entende ainda Carlos Alberto da Mota Pinto, na mesma obra citada, p. 596, que “a possibilidade de reduzir a pena depende de o seu montante se mostrar manifestamente excessivo, e não apenas de ser superior ao dano. Só em casos excepcionais, pois, é que o tribunal poderá reduzir o montante estipulado na cláusula penal, a fim de evitar abusos, pois de outra forma, isto é, se fosse permitida a redução da pena sempre que, independentemente da desproporção existente,*

*fosse superior ao prejuízo efectivo, anular-se-iam as vantagens que a cláusula penal apresenta”.*

*Decidiu-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, in dgsi, Processo 605/06.6TBVRL.P1.S1, que “destinando-se a cláusula penal a reforçar o direito do credor ao cumprimento da obrigação, a indemnização devida será aquela que tiver sido prevista na pena convencionada, mais gravosa para o inadimplente do que, normalmente, seria, que, em princípio, deve ser respeitada, dado o seu carácter «a forfait», e por corresponder à vontade conjectural original das partes, sendo certo que só, em casos excepcionais, deve ser reduzida, com vista a evitar abusos evidentes, situações de clamorosa iniquidade, a que conduzem penas, «manifestamente excessivas», francamente, exageradas, face aos danos efectivos.*

*A fim de não serem anuladas as vantagens da cláusula penal, respeitando-se a sua intangibilidade, o tribunal não só não deve fixar a pena abaixo do dano do credor, como nem sequer deverá fazê-la coincidir com os prejuízos efectivos verificados, porquanto a redução da pena destina-se, tão-só, a afastar o seu exagero e não a anulá-la.*

*Efectivamente, o devedor não pode, em princípio, pretender pagar uma indemnização inferior ao valor da pena convencional fixada, com excepção, caso em que esta pode ser reduzida, de acordo com a equidade, da situação em que a mesma seja, manifestamente, excessiva, ou, extraordinariamente, excessiva, mas não em função do dano efectivo ocorrido que, aliás, o credor não tem de demonstrar, não podendo ter lugar uma intervenção judicial sistemática, sob pena de se arruinar o legítimo e salutar valor correctivo da cláusula penal e de se subestimar o seu carácter «a forfait».”*

*No presente caso, não se me afigura ser manifestamente excessiva e abusiva a cláusula em que se obrigam as RR. a*

*pagar à A. o agregado da renda base, despesas de administração e de promoção em dívida à data da resolução, acrescidas das despesas devidas pelo período do prazo que decorreria se o contrato não tivesse sido resolvido, considerando que a cláusula funciona como meio de pressão ao cumprimento e como forma de, através de uma outra prestação, reforçar o direito do credor ao cumprimento da obrigação.*

*Salvo melhor opinião, a indemnização acordada no presente caso destina-se efectivamente a garantir o cumprimento do contrato, e se admitisse a redução equitativa tal como defendida pelas RR., já dificilmente se conseguiria esse escopo, dado que bastaria a parte usuária pagar um montante pouco significativo para ver terminado o contrato, situação essa que viria sempre prejudicar os interesses do outro contraente.*

*Assim sendo, para garantir o cumprimento da obrigação assumida pelas RR., salvo melhor entendimento, julgo que o valor da cláusula penal correspondente às mensalidades totais que as RR. deveriam pagar até ao fim do contrato se este não tivesse sido resolvido não se revela desproporcional face às circunstâncias do caso concreto.*

*Pelo que se julga improcedente o pedido de redução da cláusula penal.*

Fundamentação essa a que aderimos inteiramente.

E em face dos argumentos deduzidos pelas recorrentes por via de recurso, limitamo-nos a tecer as seguintes considerações.

É verdade, importa averiguar a finalidade visada pelas Rés e pela Autora ao estipulá-la no contrato entre elas celebrado, ou seja, saber se estamos perante uma cláusula compensatória ou uma

cláusula compulsória.

Quando à cláusula estipulada é atribuída a função reparatória dos danos previsíveis, a pena acordada é compensatória.

Ao passo que se a cláusula é tida como meio de coerção para o cumprimento integral do contrato, estamos perante uma pena compulsória.

Ora, nos termos dos pontos 7 a 9 da cláusula 38<sup>a</sup> do mesmo contrato a fixação de uma cláusula penal, a Autora teria direito a ser indemnizada pela totalidade dos danos sofridos, em caso de incumprimento imputável à Ré, sendo o montante indemnizatório mínimo o resultante da soma dos valores de “de “base fee”, “management fee” e “promotion levy”, desde a data da resolução do contrato até ao termo do contrato inicialmente estipulado.

Nota-se que a pena ai acordada não é uma pena fixa, mas sim só o limite “mínimo” do quantitativo da pena (*minimum compensation* – vide fls. 42 dos p. autos), que corresponde àquilo que a Autora receberia e as Rés teriam de pagar até ao termo do contrato como se o contrato não tivesse sido resolvido.

Isto é, a pena que viesse a ser aplicada às Rés poderia ser superior à aquele quantitativo.

O que transmite bem uma ideia, muito clara, para as Rés, de que do eventual incumprimento do contrato ou da eventual cessação do contrato sem motivo legítimo antes do seu termo normal, não lhes adviriam quaisquer vantagens, antes pelo contrário, poderiam resultar-lhes mais gravames, pois a pena acordada permite à Autora exigir um quantitativo superior àquilo que a Autora receberia e as Rés teriam de pagar até ao termo do contrato.

E por outro lado, à pena acordada, para nós, está subjacente uma forte intenção e interesse por parte da Autora em ver o cumprimento do contrato até ao fim do seu termo normal.

Somos assim levados a concluir, com a segurança razoável, que estamos perante uma cláusula compulsória, ou pelo menos, compulsória a título principal.

Pois com a possibilidade de aplicar uma pena em quantitativo superior àquilo que as Rés teriam de pagar até ao termo do contrato, a pena funciona como um eficaz mecanismo dissuasor destinado a fazer as Rés respeitar os compromissos contratualmente assumidos, nomeadamente, cumprir o contrato até ao seu termo normal.

Portanto, aderimos à conclusão feita pelo Tribunal *a quo* de que estamos aqui perante uma cláusula penal compulsória.

E quanto ao argumento de que a Autora poderia, em poucos meses após a resolução do contrato, ceder de novo a loja a um terceiro interessado, de modo a reduzir os eventuais prejuízos que sofreria, a nos cabe dizer que para além de ser hipotética, a tal ideia, se considerássimos aceitável, estaríamos a fazer impender sobre a parte lesada pela resolução do contrato o ónus de procurar reduzir os danos que lhe forem causados por conduta ilícita da outra parte e a enfraquecer injustificadamente a função e a esperada eficácia próprias de uma cláusula penal.

Finalmente, concordamos com o Tribunal *a quo* na parte da sentença que entendeu não ser excessiva a cláusula penal nos termos acordada, uma vez que tendo em conta função dissuasora de uma pena compulsória, ou pelo menos compulsória a título

principal, a sua redução para aquém do quantitativo que as Rés teriam de pagar até ao termo normal do contrato já enfraquece a sua função dissuasora e frustra a finalidade visada, isto é, estimular ou pressionar as Rés ao cumprimento e tutelar os interesses da Autora no cumprimento.

Tudo visto, é de concluir que bem andou o Exm<sup>o</sup> Juiz *a quo* e que nada temos a censurar a sentença recorrida nas partes impugnadas.

Resta decidir.

### III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam julgar improcedente o recurso interposto pelas Rés, mantendo na íntegra a sentença recorrida.

Custas pelas recorrentes.

Registe e notifique.

RAEM, 25JUN2015

Relator  
Lai Kin Hong

Primeiro Juiz-Adjunto  
João A. G. Gil de Oliveira

Segundo Juiz-Adjunto  
Ho Wai Neng