

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.989.585 - MG (2021/0299943-8)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : MANOEL PEREIRA DA SILVA NETO
ADVOGADOS : MARIA ANGÉLICA DE QUEIROZ COSCI - MG048566
FLÁVIA FIDÉLIS FIGUEIREDO - MG124385
TUANE ROSA BORGES - MG126658
RENATA ALVES DE OLIVEIRA - MG152322
KAROLINA ASSIS MARTINS DA COSTA - MG151083
RECORRIDO : DANIELA MONTEIRO MAGNANI
ADVOGADO : LAWRENCE DE MELO BORGES - MG084153

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por MANOEL PEREIREA DA SILVA NETO, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/MG.

Recurso especial interposto em: 21/02/2020.

Concluso ao gabinete em: 11/03/2020.

Ação: de indenização por danos materiais e morais ajuizada por DANIELA MONTEIRO MAGNANI em desfavor do recorrente, devido à alegado erro médico.

Segundo narra a petição inicial, a recorrida contratou os serviços do recorrente, especialista em cirurgia plástica, para realizar procedimentos estéticos de abdominoplastia clássica, mastopexia com próteses e lipoaspiração setorizada. Como a recorrida reside nos Estados Unidos da América, veio ao Brasil para se submeter a tais procedimentos, tendo ficado no País no período de 19/10/2011 a 13/12/2011. Aduz, todavia, que os resultados prometidos não foram alcançados, restando configurado o erro médico.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar

Superior Tribunal de Justiça

o recorrente ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 11.380,00 referente ao reembolso dos valores a ele repassados pela recorrida, excluídos os pagamentos efetivados com a aquisição das próteses, despesas hospitalares e contratação de anestesista, além do pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Foram indeferidos os pedidos de ressarcimento de despesas com deslocamento, exames pré e pós-operatório e compra de medicamentos, de custeio de novo procedimento de mastopexia e abdominoplastia, bem como de lucros cessantes.

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pela recorrida, para condenar o recorrente a arcar com as despesas de locomoção da recorrida para o Brasil, com medicamentos, exames pré e pós-operatórios, bem como de novo procedimento cirúrgico com profissional de confiança da recorrida, e negou provimento à apelação interposta pelo recorrente, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - APLICAÇÃO DO CDC - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - CIRURGIA ESTÉTICA PARA CORREÇÃO DAS MAMAS E DO ABDOMEM - LIPOASPIRAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - FRUSTRAÇÃO - PREVALÊNCIA DO LAUDO OFICIAL EM RELAÇÃO AO LAUDO DO ASSISTENTE TÉCNICO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - DANOS MATERIAIS - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA CIRURGIA - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO - OPÇÃO DA PARTE - INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR.

- A responsabilidade civil do médico é subjetiva, demandando a comprovação dos elementos que compõem a responsabilidade civil, quais sejam: a ação ou omissão culposa, o dano e o nexo de causalidade, caracterizando-se o último como o liame subjetivo entre a conduta do agente e o dano causado à vítima.

- A natureza jurídica da obrigação assumida por cirurgião plástico é de resultado, respondendo o médico pelo resultado insatisfatório decorrente do procedimento cirúrgico.

- O laudo apresentado pelo assistente técnico, além de ser elaborado parcialmente, não possui o objetivo de impugnar a perícia judicial, mas sim auxiliar o perito nomeado pelo juízo na elaboração do laudo oficial, que deve prevalecer, na medida em que, ao contrário daquele, é formulado por pessoa indicada pelo magistrado, possuidor de isenção e imparcialidade para análise dos quesitos formulados pelas

partes.

- Frustrado o resultado da cirurgia plástica, com evidente deformidade estética, é incontestável tenha a paciente suportado danos morais.
- Tendo sido insatisfatório o resultado da mamoplastia realizada na autora, deve a parte ré ser condenada no pagamento de nova cirurgia, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença por artigos.
- O fato do postulante optar pela contratação de advogado, mediante remuneração, para a defesa de seus interesses em juízo, não induz responsabilidade do réu pelo seu pagamento.

Embargos de declaração: opostos pelo recorrente e pela recorrida, foram parcialmente acolhidos para sanar erros materiais. Afastou da fundamentação do acórdão a expressão "(...) não houve piora da aparência mamária da paciente. (...) Não foi possível observar conduta de imperícia, imprudência ou negligência da ré cirurgiã plástica, vez que técnica cirúrgica realizada foi adequadamente indicada ao tratamento das queixas da autora e corretamente executada (f. 285).", bem como substituiu o nome da cidade onde foi realizada a cirurgia, de Uberlândia por Uberaba.

Decisão do STJ: conheceu parcialmente do recurso especial interposto pelo recorrente e deu-lhe parcial provimento, para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração interpostos e determinar a remessa dos autos ao TJ/MG, a fim de que se pronuncie, na esteira do devido processo legal, sobre o argumento da necessidade de realização, pela recorrida, de nova cirurgia para correção das mamas.

Rejulgamento dos embargos de declaração: acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pelo recorrente, para suprir omissão, condenando o recorrente ao "pagamento das despesas integrais da nova cirurgia necessária à reparação do resultado insatisfatório do primeiro procedimento realizado, a se realizar por profissional de confiança da parte autora, de mesmo nível técnico do apresentado pelo réu, e em clínica do mesmo padrão,

Superior Tribunal de Justiça

cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença pelo procedimento comum, sem prejuízo de eventual conversão da obrigação em perdas e danos” (e-STJ, fl. 628).

Recurso especial: aponta violação dos arts. 489, § 1º, IV, 1.022, II, e 492 do CPC/2015 e dos arts. 884 e 944 do CC/2. Alega ter sido condenado ao pagamento de nova cirurgia, mas não ficou consignado que o ressarcimento apenas ocorrerá em caso de realização efetiva do procedimento, tampouco foram fixados parâmetros para a liquidação de sentença, o que configura omissão. Assevera que a devolução da quantia paga e o custeio de nova cirurgia não podem ser cumulados, sob pena de *bis in ideme* enriquecimento ilícito, considerando que qualquer delas, isoladamente, é capaz de recompor o dano material sofrido pela recorrida. Defende, ademais, ser descabida a restituição das despesas com passagens aéreas para o Brasil, pois a decisão sobre o local de realização da cirurgia foi tomada exclusivamente pela recorrida. Caso mantida a obrigação de ressarcimento dos gastos com futura cirurgia reparadora, sustenta ser necessário que seja imposta a sua devida realização, sob pena de estar-se determinando a reparação de dano incerto. Acrescenta que deve ser definido um critério objetivo para o balizamento da indenização na fase de liquidação, consistente naquele apurado junto ao mercado, a fim conferir certeza ao título. Por fim, postula a redução do valor arbitrado a título de indenização por danos morais devido à ocorrência de culpa concorrente, pois a recorrida era tabagista e já havia passado por 05 (cinco) gestações.

Decisão de admissibilidade: o TJ/MG inadmitiu o recurso especial, ensejando a interposição do recurso cabível, o qual foi reatuado para melhor exame da matéria.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.989.585 - MG (2021/0299943-8)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : MANOEL PEREIRA DA SILVA NETO
ADVOGADOS : MARIA ANGÉLICA DE QUEIROZ COSCI - MG048566
FLÁVIA FIDÉLIS FIGUEIREDO - MG124385
TUANE ROSA BORGES - MG126658
RENATA ALVES DE OLIVEIRA - MG152322
KAROLINA ASSIS MARTINS DA COSTA - MG151083
RECORRIDO : DANIELA MONTEIRO MAGNANI
ADVOGADO : LAWRENCE DE MELO BORGES - MG084153

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. ERRO MÉDICO. RESULTADO NÃO ATINGIDO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. REEMBOLSO DAS DESPESAS COM PASSAGENS AÉREAS. SÚMULA 284/STF. REVISÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SÚMULAS 211/STJ E 284/STF. CUMULAÇÃO DE CONDENAÇÃO À RESTITUIÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO E A ARCAR COM OS CUSTOS DE NOVA CIRURGIA, A SER EXECUTADA POR TERCEIRO. DESCABIMENTO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

1. Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em 23/05/2013, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 21/02/2020 e concluso ao gabinete em 11/03/2022.

2. As matérias impugnadas foram enfrentadas de forma fundamentada pelo Tribunal de origem, inexistindo omissões no acórdão recorrido.

3. O reembolso dos valores despendidos pela recorrida com passagens aéreas para vir ao Brasil a fim de se submeter ao procedimento cirúrgico é tema relativo ao nexo causal e à composição dos danos materiais. Todavia, os dispositivos relacionados à matéria não foram indicados como violados, o que atrai o óbice da Súmula 284/STF.

4. A Corte de origem não decidiu sobre a possibilidade de redução da indenização arbitrada por danos morais devido à suposta ocorrência de causalidade concorrente, incidindo o óbice da Súmula 211/STJ. Ademais, os dispositivos elencados como violados não guardam relação com o assunto (Súmula 284/STF).

5. Na hipótese de inadimplemento relativo (mora), o credor pode exigir o cumprimento específico (*in natura*) da obrigação ajustada, o qual não tem conteúdo indenizatório, mas diz respeito à purgabilidade da mora. Se o contrato tiver por objeto obrigação de fazer fungível, como é o caso da realização de cirurgia plástica estética, a tutela específica poderá ser obtida mediante a execução da obrigação por terceiro à custa do devedor (art. 249, *caput*, do CC). Mantendo-se o contrato, mantém-se a obrigação do credor nos moldes em que ajustada, sob pena de rompimento do sinalagma

contratual e enriquecimento ilícito do credor.

5.1 Na hipótese de inadimplemento absoluto, surgem duas opções alternativas ao credor: a exigência do equivalente pecuniário ou a resolução da relação contratual (art. 475 do CC/02). A diferença entre elas é que, no cumprimento pelo equivalente, o vínculo negocial é mantido, de modo que, para que o credor possa receber o equivalente da prestação, deverá manter a sua contraprestação. Já na resolução, o vínculo contratual é extinto, ficando ambas as partes liberadas do cumprimento das suas obrigações.

5.2. Assim, há três pretensões potenciais por parte do credor, quando da ocorrência do inadimplemento contratual, as quais não têm, a rigor, natureza indenizatória, mas sim caráter obrigacional. Elas são alternativas entre si e todas podem ser cumuladas reparação de perdas e danos, cuja forma de cálculo dependerá da manutenção ou não da relação contratual.

5.3. Na hipótese em julgamento, a recorrida formulou, na petição inicial, tanto pedido de condenação do recorrente à restituição do montante pago para a realização do procedimento cirúrgico, quanto pleito de condenação do recorrente a arcar com os custos de nova cirurgia, a ser realizada por médico de sua escolha. Todavia, os pedidos são incompatíveis entre si. A opção pela restituição da quantia paga nada mais é do que o exercício do direito de resolver o contrato. Já o requerimento de realização de nova cirurgia estética às expensas do recorrente corresponde à exigência da tutela específica da obrigação. A cumulação das condenações, tal qual determinado pela Corte local, acarretaria enriquecimento ilícito da recorrida, pois lhe permitiria obter a prestação (cirurgia plástica estética), sem o pagamento de contraprestação, rompendo-se o sinalagma contratual. Dessa forma, apenas deve ser mantida a condenação à devolução dos valores pagos para a realização da operação.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.989.585 - MG (2021/0299943-8)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : MANOEL PEREIRA DA SILVA NETO
ADVOGADOS : MARIA ANGÉLICA DE QUEIROZ COSCI - MG048566
FLÁVIA FIDÉLIS FIGUEIREDO - MG124385
TUANE ROSA BORGES - MG126658
RENATA ALVES DE OLIVEIRA - MG152322
KAROLINA ASSIS MARTINS DA COSTA - MG151083
RECORRIDO : DANIELA MONTEIRO MAGNANI
ADVOGADO : LAWRENCE DE MELO BORGES - MG084153

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

O propósito recursal consiste em definir se a) houve negativa de prestação jurisdicional; b) o recorrente deve reembolsar os valores despendidos pela recorrida com passagens aéreas; c) é cabível a revisão do *quantum* arbitrado a título de indenização por danos morais e d) na hipótese de não atingimento do resultado, a condenação do médico a restituir o valor pago em contrapartida à realização de cirurgia plástica estética e a arcar com os custos da realização de nova cirurgia configura enriquecimento ilícito.

1. Da negativa de prestação jurisdicional.

1. Na hipótese em exame é de ser afastada a existência de omissões no acórdão recorrido.

2. As matérias impugnadas foram enfrentadas de forma fundamentada no julgamento do recurso e no re julgamento dos embargos de declaração, tendo o Tribunal de origem consignado que:

In casu, verifico que, na realidade, o réu pretende seja estabelecida como condição imprescindível ao pagamento de nova cirurgia a sua efetiva realização, pois presumiu que a autora não terá interesse em se submeter novamente ao procedimento cirúrgico.

Superior Tribunal de Justiça

No meu sentir, o réu tenta se valer da passagem do tempo para se beneficiar, considerando que, seja por razões de saúde física, seja por sequelas psicológicas, tenta fazer com que a autora desista de se submeter a novo procedimento cirúrgico, sob a alegação de que a mesma se sujeitaria ao risco de, novamente, obter um resultado não satisfatório.

Aliás, a esse respeito defende o requerido a qualidade dos seus serviços como motivo para a não realização de novo procedimento, embora se trate de questão já resolvida neste feito, eis que já apurada a necessidade de realização de nova cirurgia, reparadora daquela realizada pelo réu, não obstante o risco da requerente, hipoteticamente, não poder se sujeitar ao procedimento.

O fato é que, o resultado negativo da primeira cirurgia, realizada pelo réu, surtirá efeitos na autora, principalmente se, atendendo à expectativa deste, aquela não se dispuser a enfrentar a realização de nova cirurgia, ou por óbice relacionado ao seu estado de saúde física.

De qualquer modo, em quaisquer das hipóteses, não seria razoável restringir o direito da autora à efetivação de nova cirurgia, eis que o prejuízo que lhe foi imposto pelo réu deve ser reparado, independentemente de haver a realização de nova intervenção cirúrgica, podendo a obrigação judicial imposta, eventualmente, ser convertida em perdas e danos.

(...)

Diante do exposto, dou parcial provimento ao primeiro recurso e nego provimento ao segundo, para condenar o réu no pagamento das despesas integrais da nova cirurgia necessária à reparação do resultado insatisfatório do primeiro procedimento realizado, a se realizar por profissional de confiança da parte autora, de mesmo nível técnico do apresentado pelo réu, e em clínica do mesmo padrão, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença pelo procedimento comum, sem prejuízo de eventual conversão da obrigação em perdas e danos. (e-STJ, fls. 627-628)

3. Dessa forma, não se constata violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015.
2. Do reembolso das despesas com passagens aéreas (Súmula 284/STF).
4. Almeja o recorrente o afastamento da condenação ao reembolso dos valores despendidos pela recorrida com as passagens aéreas para se deslocar dos Estados Unidos da América ao Brasil a fim de realizar o procedimento cirúrgico.
5. A questão diz respeito às temáticas do nexo de causalidade e

da composição dos danos materiais, abordadas nos arts. 402, 403 e 945 do CC/02, os quais, contudo, não foram apontados pelo recorrente como vulnerados.

6. Em razão disso, aplica-se, analogicamente, o enunciado da Súmula 284/STF.

3. Da redução da indenização por danos morais devido à causalidade concorrente (Súmulas 211/STJ e 284/STF).

7. O recorrente alega a ocorrência de culpa concorrente, à medida em que a recorrida era tabagista e já havia passado por 05 (cinco) gestações, requerendo, por conseguinte, a redução da verba indenizatória fixada a título de danos morais.

8. No entanto, a Corte *a quo* não decidiu sobre a matéria. E, não o fez porque, em sede de apelação, o recorrente não postulou a redução do *quantum* indenizatório com base no argumento de que houve concorrência de culpas para o evento danoso (e-STJ, fls. 312-337).

9. Não está preenchido, destarte, o requisito do prequestionamento, incidindo, quanto ao ponto, o enunciado da Súmula 211/STJ.

10. Somado a isso, os dispositivos indicados como vulnerados não guardam relação com o assunto. A causalidade concorrente é tema afeto ao nexo causal, o qual é regido pelos arts. 403 e 945 do CC/02, os quais não foram suscitados pelo recorrente.

11. Portanto, também incide, por analogia, o óbice da Súmula 284/STF.

4. Dos remédios disponibilizados ao credor lesado pelo inadimplemento contratual.

12. Para a solução da controvérsia apresentada é imprescindível proceder ao enquadramento jurídico dos pedidos de restituição do montante pago a título de contraprestação pela realização da cirurgia plástica estética e de custeio de nova cirurgia de mesma natureza. Dito de outro modo, é necessário precisar se eles estão atrelados ao campo da responsabilidade civil ou do direito das obrigações, notadamente do inadimplemento contratual, para que seja possível, então, definir se eles são ou não cumuláveis.

13. Após longo debate acerca da natureza da obrigação assumida pelo médico nas cirurgias plásticas estéticas, firmou-se a orientação, consolidada em âmbito jurisprudencial e consideravelmente majoritária em sede doutrinária, de que se trata de obrigação de resultado, porquanto o médico se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 416; AgRg no AREsp n. 678.485/DF, Quarta Turma, DJe de 11/12/2015; REsp n. 1.097.955/MG, Terceira Turma, DJe de 3/10/2011).

14. Considerando que, na obrigação de resultado, o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, a sua não concretização configura inexecução da obrigação. Ou seja, "*a prestação deficitária ou incompleta só representa cumprimento parcial da obrigação quando aproveite o credor, do contrário, estará configurado inadimplemento total*" (REsp n. 1.731.193/SP, Terceira Turma, DJe de 25/9/2020).

15. Nessa linha de inteligência, não atingido o resultado prometido pelo cirurgião plástico, estará caracterizado o inadimplemento contratual, absoluto ou relativo. O primeiro, também denominado de mora, verifica-se quando a obrigação, embora não cumprida no tempo, lugar ou modo devidos, ainda poderá sê-la, porquanto subsistem os interesses objetivos do credor na prestação. Por sua

vez, se a obrigação não foi cumprida nem poderá sê-la com utilidade para o credor, o inadimplemento é absoluto.

16. Diante do inadimplemento contratual, são colocados à disposição do credor alguns instrumentos voltados à tutela da sua posição jurídica, os quais se passa a abordar.

17. Na hipótese de mora, o credor pode exigir o cumprimento específico da obrigação ajustada. Tal espécie de cumprimento goza de preferência no Direito Brasileiro, consoante se depreende do enunciado normativo do art. 947 do CC/02.

18. Se o contrato tiver por objeto obrigação de fazer fungível, como é o caso da realização de cirurgia plástica estética, a tutela específica poderá ser obtida mediante a execução da obrigação por terceiro à custa do devedor (art. 249, *caput*, do CC).

19. O cumprimento específico da obrigação não tem conteúdo indenizatório, mas diz respeito à purgabilidade da mora (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170). Desse modo, além da execução específica da prestação, o credor poderá pleitear eventuais perdas e danos decorrentes do descumprimento (arts. 389, 394 e 395 do CC/02), de caráter tipicamente moratório.

20. Optando o credor pelo cumprimento *in natura*, é certo que não ficará desobrigado de contraprestar e, caso já o tenha feito, não poderá requerer a restituição da contraprestação. Mantendo-se o contrato, mantém-se igualmente a prestação do credor nos moldes convencionados, sob pena de rompimento do sinalagma contratual e enriquecimento ilícito do credor.

21. Na hipótese de inadimplemento absoluto, o credor pode exigir o equivalente pecuniário (arts. 475 e 947 do CC/02).

Superior Tribunal de Justiça

22. No cumprimento pelo equivalente, o vínculo negocial é mantido e " *o credor lesado, ao invés de receber a obrigação, devida in natura, recebe o seu valor substitutivo em pecúnia*" (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. *Inexecução das Obrigações*: pressupostos, evolução e remédios. Vol. II. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 320).

23. O equivalente não se confunde com o valor da contraprestação devida pelo credor. Em verdade, é o valor do bem no momento em que a obrigação deveria ter sido cumprida, a partir do qual o credor terá a seu favor o pagamento de juros e correção monetária (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução repercussões sobre a responsabilidade civil. *In*: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 18, out.-dez./2018, p. 49).

24. Nos contratos bilaterais, para que o credor possa receber o equivalente da prestação, deverá manter a sua contraprestação. Do contrário, a execução pelo equivalente será fonte de enriquecimento ilícito do credor – vedado pelo art. 884 do CC /02 –, já que será beneficiado com o cumprimento da prestação, ainda que de forma diversa da pactuada, sem nada despender para tanto (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução repercussões sobre a responsabilidade civil. *Op. Cit.*, p. 62)

25. Como alternativa à execução pelo equivalente, o credor pode optar pela resolução do contrato (art. 475 do CC/02).

26. A resolução também tem lugar nas situações de inadimplemento absoluto. Entretanto, diferentemente do cumprimento pelo equivalente, a resolução põe fim à relação jurídica negocial. São dois os seus efeitos principais: a eficácia liberatória, ficando as partes da relação negocial

dispensadas do cumprimento da obrigação, e a eficácia restitutória, que impõe aos contraentes a restituição das prestações eventualmente recebidas, fazendo com que retornem ao *status quo ante*, isto é, à situação que existia antes da celebração do negócio.

27. O credor lesado pelo descumprimento "*não tem o direito de exigir integralmente o equivalente à prestação descumprida, na medida em que carente o elemento sinalagmático*" (STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 381). Dito de outro modo, optando o credor pela resolução da avença, terá direito à restituição da contraprestação efetuada, se já a tiver cumprido, não lhe sendo dado exigir o pagamento do equivalente à prestação.

28. É por essa razão que Judith Martins-Costa se posiciona no sentido de que, na hipótese de resolução, as perdas e danos devem levar em consideração o interesse negativo, o qual volta-se à colocação do credor na situação que se encontraria caso não tivesse celebrado o contrato (Responsabilidade Civil contratual. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 564).

29. Do exposto, tem-se que há três pretensões potenciais por parte do credor, quando da ocorrência do inadimplemento contratual, as quais não têm, a rigor, natureza indenizatória, mas sim caráter obrigacional. Elas são alternativas entre si e todas podem ser cumuladas com pretensão à reparação de perdas e danos, cuja forma de cálculo dependerá da manutenção ou não da relação contratual.

5. Da hipótese dos autos.

Superior Tribunal de Justiça

30. Na hipótese em julgamento, a recorrida formulou, na petição inicial, tanto pedido de condenação do recorrente à restituição do montante pago para a realização do procedimento cirúrgico, quanto pleito de condenação do recorrente a arcar com os custos de nova cirurgia, a ser realizada por médico de sua escolha (e-STJ, fl. 31).

31. As premissas acima assentadas conduzem à conclusão de que os pedidos são incompatíveis entre si.

32. A opção pela restituição da quantia paga nada mais é do que o exercício do direito de resolver o contrato e funda-se no inadimplemento absoluto. A seu turno, o requerimento de realização de nova cirurgia estética às expensas do recorrente corresponde à exigência da tutela específica da obrigação, está amparada no inadimplemento relativo (mora) e, diversamente da resolução, não extingue o vínculo contratual.

33. Nesse sentido, o juiz de primeiro grau reconheceu a ocorrência de erro médico, e sublinhou que *"equivocadamente, o autor designou o pedido para submissão a uma nova cirurgia, como sendo danos estéticos, passíveis de restituição, contudo, a meu ver, aludido tópico (item "f" e "g" - fls.31), em verdade, constitui obrigação de fazer e não indenização por danos"* (e-STJ, fl. 271). Por conta disso, na sentença, somente foi acolhido o pedido de condenação do recorrente (réu) à devolução, à recorrida (autora), do valor pago pela cirurgia.

34. É verdade que o juiz, constatando que os pedidos não são passíveis de cumulação, deveria ter oportunizado à recorrida a emenda à petição inicial, sob pena de indeferimento por inépcia (art. 330, § 1º, IV c/c art. 321 do CPC/2015). Nada obstante, deixou para resolver o impasse somente na sentença, julgando improcedente um dos pedidos (pagamento de nova cirurgia). Mesmo assim, a recorrida insurgiu-se contra o encaminhamento dado por meio de recurso

de apelação.

35. A irresignação da recorrida foi acolhida pela Corte de origem, que reformou a sentença, para impor ao recorrente a obrigação de pagar as despesas para a realização de nova cirurgia (e-STJ, fls. 403-424), cumulativamente à obrigação de restituir o valor despendido pela recorrida na realização da cirurgia cujo resultado não foi alcançado.

36. Ocorre que a cumulação das condenações tal qual determinado pelo Tribunal local acarretaria, consoante considerações supramencionadas, enriquecimento ilícito da recorrida, pois lhe permitiria obter a prestação (cirurgia plástica estética), sem o pagamento de contraprestação, rompendo-se o sinalagma contratual.

37. Nessa situação, não tendo a recorrida manifestado preferência entre os pedidos, a devolução do valor pago, acrescido dos encargos moratórios, revela-se mais adequada, pois possibilitará que a lesada obtenha o montante correspondente ao procedimento de forma mais célere e, conseqüentemente, realize nova cirurgia plástica.

38. Portanto, o acórdão recorrido viola o art. 884 do CC/02, impondo-se, quanto ao ponto, o restabelecimento da sentença, a fim de afastar a condenação do recorrente a arcar com as custas de nova cirurgia plástica.

39. Tendo em vista o acolhimento da irresignação, ficam prejudicados os demais pedidos deduzidos no presente recurso especial.

6. Dispositivo.

40. Forte nessas razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para afastar a condenação do recorrente ao pagamento das despesas para a realização de nova

cirurgia plástica.

41. Ante o resultado do julgamento, arcará o recorrente com 70% das custas processuais, cabendo o restante (20%) à recorrida. Por sua vez, fixo honorários de 17% do valor da condenação ao procurador da recorrida e de 15% do valor da causa ao procurador do recorrente, a serem satisfeitos pela parte contrária, observados os parâmetros estabelecidos no art. 85, § 2º, do CPC/2015.