

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR A LITÍGIOS
ATINENTES À RESPONSABILIDADE CIVIL
DA INDÚSTRIA DO FUMO ENVOLVENDO
FUMANTES QUE PRINCIPIARAM NO
TABAGISMO ANTES DA SUA VIGÊNCIA¹

LÚCIO DELFINO²

SUMÁRIO: Introdução. 1 O direito intertemporal. 2 Retroatividade ou irretroatividade da lei? 3 Efeitos retroativo e imediato da lei. 4 O Código de Defesa do Consumidor: aplicação retroativa ou imediata? 5 A relação entre consumidores e a indústria do tabaco na perspectiva do direito intertemporal. Referências Bibliográficas

1 Título em inglês: *The applicability of The Consumer Defense code to litigations regarding the civil liability of the smoking industry involving smokers who started in tobacco before its effectiveness.*

2 Pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro-fundador e Diretor de Publicações da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Advogado.

INTRODUÇÃO

Superado o regime legislativo anterior e instituída a novidade no ordenamento jurídico, problemas surgem, sobretudo àqueles jungidos à interpretação jurídica. E a referência não diz respeito tão só aos equívocos de grafia, termos dúbios ou ainda normas exageradamente abertas, hipóteses, sem dúvida, responsáveis por dificultar o trabalho daquele que opera o direito. Afinal, há problemas outros, cuja natureza também é de ordem hermenêutica, e que amiúde implicam embaraços atentatórios ao próprio acerto da decisão quando não compreendidos de maneira adequada: os *conflitos de lei no tempo*.

Aqui o que se deseja é traçar as linhas dogmáticas gerais sobre o *conflito de leis no tempo*, e mais especificamente demonstrar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem aplicação *imediata* em litígios referentes à responsabilidade civil envolvendo a indústria do tabaco e fumantes que iniciaram o tabagismo antes da sua vigência.

1. O DIREITO INTERTEMPORAL

Esclarece Jônatas Milhomens que a lei, disposição de ordem geral, abstrata, projeta-se no tempo e espaço, voltando-se para o futuro. E desde que começa a vigorar, regula todas as hipóteses surgidas e que a ela se ajustem. O direito, entretanto, evolui, acompanha as mutações da vida social, o que implica a substituição de muitos preceitos legais por outros, estes últimos regulando a matéria diferentemente.³

Algumas vezes, a colisão da lei nova com a anterior acarreta problemas. Isso porque determinadas circunstâncias estabelecidas pela lei antiga podem permanecer sob a vigência da nova lei; ou, por outro lado, situações outras, que foram criadas pela lei velha, já não vão encontrar guarida na novel legislação. Destarte, há que se estudar até

3 MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense. p. 19.

que ponto a lei antiga pode gerar efeitos e até que ponto a lei nova não pode impedir esses efeitos da lei antiga.⁴

Esse estudo, necessário para o desate de problemas jurídicos de apreço, recebe as denominações de *conflito de leis no tempo*, *retroatividade ou não retroatividade das leis*, *aplicação do direito em relação ao tempo*, *superveniência da lei no tempo*, *direito transitório* e, com tendência a prevalecer sobre as demais, *direito intertemporal*.⁵

2. RETROATIVIDADE OU IRRETROATIVIDADE DA LEI?

Seguindo o exemplo de seu criador, a lei nasce, vive e se esvai. Tem seu *dies a quo* e pode conter explícito o limite de sua vigência (*dies ad quem*).

Salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo país 45 dias depois de oficialmente publicada na imprensa oficial, consoante previsão expressa contida no art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) — é comum, no Brasil, enunciado que preveja a entrada em vigor da lei nova “a partir da sua publicação”, ainda que tal hipótese restrinja-se a legislações que envolvam matéria de pequena repercussão.⁶

4 MACHADO, A. Paupério. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 282.

5 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins, 1973. v. 2, p. 152.

6 Confira-se, a este respeito, o que dispõe a Lei nº 95/98: “Art. 8º. A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula entra em vigor na data de sua publicação para as leis de pequena repercussão. §1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. §2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial”.

A lei publicada permanece sem efeito até que chegue o dia estabelecido para tanto. Em tal circunstância, diz-se que a lei é *vacante*, pois imersa no período de *vocatio legis*, o que lhe coloca em situação de inércia, sem poder de atuação ou vigência.

Não detendo a lei *vigência temporária*, permanecerá em vigor até que outra a modifique ou a revogue (LINDB, art. 2º, *caput*). Ressalte-se que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação por incompatibilidade lógica) (LINDB, §1º do art. 2º).⁷

E é nesse cenário, no qual as leis novas colidem com as antigas, que surgem problemas afetos ao direito intertemporal. É necessário, neste ponto, considerar-se que essa problemática possui duas facetas igualmente relevantes: a) a repulsa irrestrita à retroatividade da lei; e b) a adoção da retroatividade da lei de maneira absoluta.

A admissão da retroatividade da lei, *como princípio absoluto*, geraria situações inaceitáveis, haja vista a atmosfera de insegurança que pairaria na sociedade. Aceitando-se, sem restrição, tal postura, situações anômalas ao atual regime democrático e mais aproximadas ao absolutismo propagar-se-iam no sistema social, em atentado à própria estabilidade jurídica. A confiança na lei e em sua autoridade estaria, portanto, prejudicada; relações jurídicas já concretizadas fragilizar-se-iam diante do perigo da publicação de novas leis prontamente hábeis a alterá-las.

Mas para alguns é aceitável, de outro lado, admitir que a preponderância do interesse público sobre as conveniências dos cidadãos, como consequência derivada da soberania da lei, seria circunstância apta a justificar, *antes de qualquer consideração*, sua aplicação a todos os fatos por ela regulados. Para que a legislação mais moderna possa realizar inteiramente sua finalidade benéfica, o interesse social exige que seja aplicada tão completamente quanto possível.⁸ Parafraseando

7 Fala-se em *ab-rogação* para indicar que a revogação de uma lei foi total e absoluta, e em *derrogação* quando foi ela apenas parcial.

8 FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934. p. 20.

Paiva Pitta, se a lei nova tiver de respeitar a sua razão de ser no passado, restringindo o seu império somente ao que se fizer depois da sua promulgação, ver-se-á caminhar, de maneira paralela, o pretérito com o presente, o desengano com a esperança, a saudade com o gozo, a sombra com a luz, enfim, as velhas com as novas instituições.⁹

Pergunta-se, pois, qual será a solução adequada aos problemas envolvendo *conflitos de lei no tempo*. Dever-se-á dar privilégio à estabilidade jurídica e à paz social, impedindo a lei nova de abraçar situações concretamente abrangidas por leis anteriores, ou, ao invés, evitar a estagnação social, buscando, sempre, o progresso ante a aceitação da *retro-operância* da lei?

Colocadas essas diretrizes preliminares, esclareça-se desde já: não se duvide que a opção do constituinte, *como regra geral do sistema*, foi pelo *princípio da não retroatividade da lei*, admitindo a retroatividade apenas em situações excepcionais. Assim o fez ao prescrever que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CF/88, art. 5º, XXXVI). Também este o sentido oriundo do comando legal constante do art. 6º da LINDB: “A lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

A *regra de ouro*, portanto, estabelece que toda lei dispõe para o futuro e não para o passado, de modo que os *atos jurídicos*¹⁰ ocorridos e já consumados, e também seus efeitos já praticados e os ainda pendentes, não se regem pela lei nova que entra em vigor, mas continuam valorados segundo a lei do seu tempo, circunstância que encontra

9 FARIA. *Aplicação e retroatividade da lei*. 1934. p. 21.

10 Os “atos” podem ser “jurídicos” ou “não jurídicos”, conforme interessem ou não ao direito. Preocupam o jurista apenas os “atos jurídicos”, os quais, amplamente considerados, inclinam-se à deflagração de consequências jurídicas. Os exemplos de “atos jurídicos *lato sensu*” são inúmeros, justamente por também deterem acepção larga, desde os mais conhecidos (nascimento, morte, adoção, casamento, contrato), até aqueles mais específicos, como os “atos processuais” estritamente considerados (petição inicial, citação, intimação).

fundamento no culto à segurança das relações jurídicas (*direito fundamental à segurança jurídica*).¹¹

Ressalte-se que por ser o *princípio da irretroatividade* oriundo de preceito constitucional (art. 5º, XXXVI), é aplicável imperativamente a todos os ramos do direito, a todas as espécies de enunciados normativos — leis, decretos, resoluções, portarias, etc. —, e a todas as esferas do poder público, federal, estadual e municipal.¹² *Trata-se de uma conquista do mundo moderno contra a tirania de outrora*. Porém, é um desacerto crer que a Constituição Federal impôs absoluta vedação à retroatividade legal. O que fez foi instituir a proibição da irretroatividade da lei quando ela implicar prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A retro-operância da lei, por sua vez, é aceita nas hipóteses devidamente previstas na própria Carta Magna.¹³

Em síntese: a) os fatos jurídicos ocorridos e já consumados no passado não se regem pela lei nova que entra em vigor, mas con-

11 Já na Constituição do Império (1824) havia preceito segundo o qual a lei não teria efeito retroativo (art. 179, §3º), garantia essa que se manteve na primeira Constituição da República (“É vedado aos Estados, como à União, prescrever leis retroativas”; art. 11, §3º). A partir de 1934, preferiu-se a fórmula adotada pela Constituição ora em vigor, sendo que a proscrição de leis retroativas, pelo menos como enunciado seco, já não existe mais entre as garantias constitucionais (MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do direito processual civil*. p. 20).

12 MONTORO. *Introdução à ciência do direito*. 1973. v. 2, p. 155.

13 Poder-se-ia advogar que não somente se admitiria a retro-operância nas hipóteses positivadas pelo constituinte, pois impedimento algum haveria de retroação da lei que não atentasse ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Adiante se evidenciará, contudo, que em tais casos o que ocorre não é propriamente a aplicação retroativa da lei, mas, sim, a sua aplicação imediata. A doutrina, aliás, acertadamente aponta existir uma situação intermediária entre a *retroatividade* e a *irretroatividade*, a saber: *a da aplicação imediata da nova Lei às relações nascidas sob a vigência da anterior e que ainda não se aperfeiçoaram*. O requisito *sine qua non* para a imediata aplicação é o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 193).

tinuam valorados segundo a lei do seu tempo,¹⁴ *sempre respeitados e preservados os efeitos deles já produzidos e aqueles ainda a serem produzidos*; b) a lei nova se aplicará aos fatos jurídicos presentes e aos efeitos deles oriundos (*tempus regit actum*); c) a lei nova se aplicará aos fatos jurídicos pretéritos (e aos seus efeitos futuros), originados sob a égide da lei precedente por ela revogada *e ainda não consumados*, que se encontram num *estado de transição*; d) a retroatividade da lei nova só é aceita nas hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição Federal.

3. EFEITOS RETROATIVO E IMEDIATO DA LEI

É de importância elementar a distinção entre efeito *retroativo* e *imediato* da lei.

A LINDB (art. 6º) e a Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) referem-se a *fatos jurídicos consumados* ao imporem que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e à coisa julgada, opção legislativa cujo alicerce maior é justamente a proteção à segurança das relações jurídicas. O que pretendeu, com isso, foi *preservar os fatos jurídicos já consumados, bem assim os efeitos deles oriundos na vigência da antiga lei e aqueles ainda a produzir*.

Daí falar-se em *efeito imediato da lei* (CPC, art. 1.211) para retratar hipóteses em que ela é aplicável imediatamente, assim que vigente, aos fatos jurídicos presentes e aos efeitos por estes produzidos, e também aos efeitos futuros daqueles fatos jurídicos anteriores *ainda não consumados*, originados sob a égide da lei precedente revogada pela novel legislação.

Já quando se fala em *retro-operância ou retroatividade da lei* estar-se-á a referir àquelas hipóteses em que a lei nova incide diretamente em situações pretéritas, anteriormente regidas pela lei revogada *e já devidamente consumadas*. Em outros termos: a retroatividade da lei

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 115.

se dá quando o seu império impõe-se a fatos jurídicos pretéritos (e seus efeitos) consumados antes da sua vigência.¹⁵

Repise-se: no Brasil se aceita a retroatividade apenas em situações devidamente previstas na própria Constituição Federal — *a retroatividade é, pois, circunstância excepcional*. Afinal, quando a lei nova incide em fatos jurídicos pretéritos *não absolutamente consumados* no império da antiga lei, não se está diante de um efeito retroativo, e sim imediato. Se a lei nova incide sobre fatos jurídicos anteriores que não se configuram em ato jurídico perfeito, direito adquirido, ou não se encontrem acobertados pela coisa julgada, essa incidência não é retroativa, e sim imediata.¹⁶

4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: APLICAÇÃO RETROATIVA OU IMEDIATA?

No que diz respeito ao CDC, não restam dúvidas sobre a sua aplicação *imediata* naquelas situações *não* definitivamente concluídas ou nos efeitos presentes e futuros decorrentes de fatos ainda não devida-

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2005. v. 1, p. 116.

16 Elpídio Donizetti incide nesse equívoco e confunde os efeitos retroativo e imediato da lei. Confira-se sua lição: “Ressalte-se que nada obsta que a lei retroaja para alcançar atos já praticados na vigência da lei revogada. O que se veda, em nome da segurança jurídica, é a ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF e art. 6º da LICC). Admite-se, por exemplo, a retroatividade da lei que dá nova redação ao disposto no art. 38, dispensando o reconhecimento de firma, porquanto tal norma não fere a situação jurídica das partes, denominando-se, por isso, retroatividade legítima” (NUNES, Elpídio Donizetti. *Tempus Regit Actum*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 241, p. 26-28, jan. 2007). Quando a lei se aplica a fatos ou situações já praticados, mas que não se encontrem acobertados pela coisa julgada, ou não se configurem em ato jurídico perfeito ou direito adquirido, não se estará diante de uma aplicação retroativa, mas sim de aplicação imediata da lei. A aplicação retroativa é admitida excepcionalmente no sistema jurídico e apenas naqueles casos devidamente previstos na Constituição Federal.

mente consumados.¹⁷ Advirta-se mais uma vez: não se tratará, nessas hipóteses, de efeito retroativo da lei, senão da *imediata* aplicação dela.

Não obstante, despontam-se as seguintes indagações: a legislação de ordem pública, em função da sua natureza, enquadrar-se-ia nas hipóteses excepcionais que permitem sua aplicação retroativa? O CDC, por ser uma lei de ordem pública (art. 1º), aplica-se retroativamente àquelas situações já consumadas?

Bento de Faria, referindo-se às normas de ordem pública ou cogentes, assenta que “na esfera do direito público há de sempre prevalecer a vontade do Estado, orientada, é bem de ver, pelo menor sacrifício dos direitos subjetivos”. Igual entendimento é adotado por Lafayette: “É um princípio fundamental de direito — que as leis de administração e ordem pública têm efeito retroativo, isto é, são aplicáveis aos atos anteriores à sua promulgação, contanto que esses atos não tenham sido objeto de demandas e que não estejam sob o selo da coisa julgada”.¹⁸ Maria Helena Diniz, aduzindo posição semelhante, esclarece que os “direitos adquiridos devem ceder ao interesse da ordem pública; logo, as normas de ordem pública serão retroativas, desde que expressas e sem que haja desequilíbrio jurídico-social”.¹⁹

A tese da retroatividade das normas de ordem pública, como se vê, é fundamentada na *prevalência dos interesses da coletividade na ordem jurídica e social*. Os particulares devem, segundo esse entendimento, subordinar-se às mudanças legais reclamadas naquele momento social, em razão de sua conveniência. Tratando-se de norma de *ordem pública* — argumentam os defensores da sua aplicação *retro-operante* — seria ilícito pretender direitos, como irrevogavelmente adquiridos, contrários a ela.

17 Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao concluir que as normas de ordem pública econômica “*implicam derrogação de cláusulas de contratos em curso*”. (Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 7.904-ES, Relator Ministro Athos Carneiro, julgada em 12/03/1991. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acessado em 22 fev. 2003).

18 FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. 1934. p. 27.

19 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 1994. p. 194.

Entretanto, os apologistas da retroatividade da lei olvidam que a *manutenção da ordem social* também representa um interesse coletivo. O raciocínio que opõe interesses coletivos a interesses particulares com o intuito de sustentar a retro-operância da lei é falho. Se é certo afirmar que os particulares devem ceder às alterações legislativas necessárias num dado momento social, e isso em razão de sua conveniência para a ordem pública, mais acertada é a afirmativa de que os indivíduos não podem viver num ambiente de absoluta insegurança social, sujeito a alterações constantes, acarretadas pelo simples surgir de novas leis. A *segurança jurídica e social* traduz-se sobretudo num valor coletivo meritório, já que a própria Constituição Federal optou por aboná-la (preservação da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito).

Mais consentâneo à realidade nacional é o magistério de Caio Mário Pereira, quando ilumina o viés exegético que *sempre* deve guiar o intérprete ao se deparar com problemas vinculados ao direito intertemporal:

Costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorção de princípio nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. A tese contrária encontra-se defendida por escritores franceses ou italianos, precisamente porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido ao juiz e não ao legislador.²⁰

Em países nos quais é a lei ordinária que proclama o *princípio da irretroatividade das leis*, tal prescrição é imposta *exclusivamente* ao Judiciário, de modo que se reserva ao legislador o direito de abrir-lhe exceções, aparentemente justificadas pelos invocados preceitos da moral e do

20 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 155.

direito filosófico, ou pelas exigências da ordem social. Outra, todavia, é a conclusão quando o *princípio da irretroatividade* situa-se na seara constitucional — como é o caso do Brasil —, pois em tal circunstância seu alvo não é apenas o Judiciário, mas também o próprio legislador, de sorte que não se poderão abrir-lhe exceções. O legislador fica preso, manietado, não sendo legítima eventual intenção sua de dominar, mediante as novas leis, os fatos jurídicos pretéritos já devidamente consumados (e também seus efeitos já concretizados e aqueles a realizar). Os juízes, ainda com maior razão, igualmente se vinculam a esse raciocínio, de maneira que lhes é vedado aplicar a lei nova retroativamente àqueles fatos jurídicos consumados na vigência da legislação anterior (e aos seus efeitos já concretizados e àqueles ainda a se realizar).

Enfim, o CDC não tem efeito retroativo pelo mero fato de ser uma norma de ordem pública. O texto constitucional não faz distinção entre legislações de ordem pública e outras que não possuem essa natureza ao preceituar que a lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Quisesse o constituinte recepcionar a irretroatividade das leis de ordem pública, deveria ter salvaguardado tal situação na própria Constituição, como fez, aliás, com questões envolvendo a lei penal benéfica ao réu. Ou seja, os fatos perfeitamente concluídos (e seus efeitos findos e aqueles ainda a se realizar) anteriormente à vigência da Lei *consumerista*, não serão atingidos, de forma alguma, por sua força e autoridade legislativa.

5. A RELAÇÃO ENTRE CONSUMIDORES E A INDÚSTRIA DO TABACO NA PERSPECTIVA DO DIREITO INTERTEMPORAL

O vício em cigarros gera o que se pode chamar de *consumo contínuo*. Surge no organismo daquele que fuma uma nova implicação artificialmente criada pelo uso do produto: a necessidade de doses diárias de nicotina.²¹

O fumante, diante disso, debilita sua saúde dia-a-dia, consumindo um cigarro após o outro. Porém, os efeitos maléficos da prática normalmente surgem depois de décadas de consumo. Isto significa que muitos dos que hoje apresentam enfermidades advindas do vício do

cigarro iniciaram o consumo antes da publicação da Lei 8.078/90. Importa também reconhecer que inexistiam àquela época restrições legais diretas à publicidade dos cigarros então veiculada no Brasil.²²

As indagações que devem pautar o presente estudo são: como admitir-se a aplicação do CDC, visando ao ressarcimento civil de pessoas enfermas (ou de seus familiares em caso de falecimento) que se iniciaram no consumo de cigarros anos antes da Lei *consumerista* entrar em vigor? Qual o fundamento para se considerar uma publicidade como enganosa e/ou abusiva, numa época em que a publicidade era praticamente ignorada pelo Direito?

Até março de 1991 não vigorava o CDC, de modo que as entabuladas relações de consumo, naquele tempo, eram reguladas pelos Códigos Civil de 1916 (CC de 1916) e Comercial de 1950. Somente em 11 de setembro de 1990 foi promulgada a Lei 8.078/90, cujo art. 118 preteriu sua entrada em vigor para 180 dias após a sua publicação. Ou seja, apenas a partir de 11 de março de 1991 é que o consumidor brasileiro passou a contar com o CDC para a tutela dos seus direitos.

Como já demonstrado alhures, é errada a tese segundo a qual, em havendo interesse social a exigir a *imediata* aplicação da lei nova, a norma *retroagirá*, porque a sucessão de problemas ou situações é que

21 Sobre a capacidade viciante da nicotina e assuntos relacionados, consultar: CARVALHO, Mario César. *O cigarro*. São Paulo: Publifolha, 2001. KOOP, C. Everett; GLANTS, Stanton A.; SLADE, John; BERO, Lisa A.; HANAUER, Peter; BARNES Deborah E. *The cigarette papers*. University of California, San Francisco, [s.d.]. Organizacion Panamericana de la Salud; Banco Mundial. La epidemia de Tabaquismo. *Publicacion Científica n. 577*, D.C., U.S.A., 1998. Rigotti, Nancy. Vontade não basta. (Entrevista). *Revista Veja*, Editora Abril. Ano 37, n. 23, 9 de junho de 2004. p. 14-15. ROSEMBERG, José. *Nicotina*. Droga universal. São Paulo: SES/CVE, 2003. SILVA, Vera Luiza da Costa e; GOLDFARB, Luisa Mercedes da Costa e Silva; CAVALCANTE, Tânia Maria; FEITOSA, Tereza Maria Piccinini; MEIRELLES, Ricardo Henrique Sampaio. *Falando sobre tabagismo*. 3. ed. Instituto Nacional do Câncer, 1998.

22 Sobre a publicidade ilícita sobre cigarros difundida no Brasil e em outros países, consultar o nosso *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Editora Juruá.

finda por evidenciar a necessidade ou mesmo a urgência de novo preceito cogente. A resposta não se encontra no que prevê o art. 1º do CDC – dispositivo de suma importância para a compreensão do microsistema *consumerista* –, como se as normas cogentes detivessem, por natureza ontológica, força retroativa. Noutras palavras, não é porque o art. 1º da Lei 8.078/90 a define como de *ordem pública* e *interesse social* que poderá ela retroagir, atingindo situações já consumadas na égide das leis anteriores. Sem dúvida que os direitos emergentes das relações de consumo possuem majorada intensidade de interesse social envolvido, bastando, para assim concluir, observar que a *defesa do consumidor* foi erigida a cânnon constitucional, ombro a ombro com o respeito aos direitos adquiridos, no mesmo art. 5º em que estão arroladas as garantias individuais constitucionais. No entanto, a Constituição ao preceituar que a lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não faz distinção entre legislações de ordem pública e outras que não possuem essa natureza. Enfim, a Carta Magna não recepcionou a retroatividade das leis de ordem pública no ordenamento jurídico nacional, de sorte que é absolutamente equivocada qualquer exegese que aponte a possibilidade de retroatividade da Lei *consumerista*.

Mas naquilo que toca especificamente o tema enfrentado, pouco importa que o tabagista tenha iniciado seu vício anos antes da vigência da Lei 8.078/90. *Surgindo as enfermidades tabaco-relacionadas após a data em que essa legislação entrou em vigor (11 de março de 1991), é o que basta para que seja ela aplicável, com prevalência sobre qualquer outra, nos processos cujo mérito envolva a responsabilidade civil das indústrias do fumo em função de danos que seus produtos causaram aos consumidores.* Assim é porque, naquelas situações nascidas quando vigente a lei antiga, *porém ainda não devidamente consumadas*, e que continuam a produzir efeitos sob o império da nova lei, ter-se-á a aplicação *imediata* desta última.²³

A equação é simples: i) quando o dano (doença, morte ou simples vício) tiver ocorrido antes de março de 1991, os requisitos para eventual caracterização da responsabilidade civil das fabricantes de

23 Assim é o posicionamento de: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Forense, [s.d.]. p. 145. v. 1.

cigarros devem ser avaliados a partir do art. 159 do CC de 1916; e ii) se os tais danos ocorreram depois de março de 1991, a legislação aplicável será o CDC.²⁴

Nesse rumo, a lição de Claudia Lima Marques quando afirma que o CDC pode e *deve* ser aplicado em ações indenizatórias ajuizadas por fumantes (ou seus familiares) contra as indústrias do fumo, sempre que o momento de concretização do dano surgir *depois* da publicação da referida legislação. Suas ideias acerca do tema encontram-se descritas em brilhante e substancioso parecer, encomendado pelo Dr. Miguel Wedy, patrono dos integrantes da família de Eduardo Francisco da Silva, fumante morto em razão do consumo inveterado de cigarros, responsáveis pelo ajuizamento de uma *ação de reparação de danos* contra a Souza Cruz S.A. e a *Philip Morris do Brasil S.A.*²⁵⁻²⁶

No que se refere à publicidade, o raciocínio revela-se idêntico. É perfeitamente possível ao intérprete valer-se do CDC para conferir a uma publicidade o rótulo de enganosa e/ou abusiva, mesmo que

24 O CDC, por exemplo, tem aplicação àqueles contratos assinados antes de sua vigência, anulando cláusulas leoninas ou abusivas cuja eficácia prática ocorreria agora, ou no futuro – os chamados contratos de trato sucessivo –, ferindo a nova ordem de valores impostas pela legislação consumerista. Nesse ponto, não há lesão alguma ao princípio da irretroatividade das leis pelo simples fato de inexistir direito adquirido ou ato jurídico perfeito. Não há que se falar aqui em retroatividade da lei, e sim em sua aplicação imediata, uma vez que a cláusula passível de anulação não se consumou ou se exauriu antes da publicação da Lei 8.078/90; embora constituído o contrato, algumas de suas cláusulas, agora abusivas, não se consumaram. Lembre-se da 9ª Conclusão do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor: “O Código de Defesa do Consumidor tem aplicação imediata aos contratos com eficácia duradoura, conforme o art. 170 da Constituição Federal e o art. 60 da Lei de Introdução ao Código Civil.”

25 MARQUES, Claudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar, corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexos causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, n. 835. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005. p. 74-133.

tenha sido difundida anos antes da publicação de tal legislação. Se antes, na vigência do CC de 1916, o legislador não conferia à publicidade importância merecedora de regulamentação legal, após março de 1991, com a entrada em vigor da Lei *consumerista*, essa situação alterou-se, de modo que a publicidade ganhou, nesse microsistema, regramento ampliado, que atinge as ordens material, processual e penal. Publicidades elaboradas em desacordo com as regras previstas no CDC, porém disseminadas antes de março de 1991, poderão ser tidas como ilegítimas, bastando, para tanto, que as consequências negativas advindas de sua apresentação tenham surgido agora, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90.

A publicidade é método eficaz, e assaz empregado, para se ofertar produtos e serviços no mercado. Indubitavelmente, seu maior escopo é produzir, no íntimo das pessoas, o ideal de consumo, inculcando nelas a intenção de adquirir ou contratar. Tanto assim que o CDC expressamente inseriu a *oferta publicitária* no contrato, sendo certo que aquilo prometido por intermédio de uma publicidade deverá ser efetivamente concretizado. Se a promessa veiculada por meio de uma peça publicitária falsa e insidiosa não foi cumprida por absoluta impossibilidade de concretização prática, gerando, ao revés, danos à saúde física e psíquica do consumidor, a Lei 8.078/90 será aplicável se os tais danos advieram depois de março de 1991; afinal, representam eles, os mencionados danos, *efeitos futuros originados de situações concretizadas numa época em que leis anteriores regulavam as relações de consumo*.

Por outro lado, adotando raciocínio alternativo e igualmente correto, as publicidades do cigarro, por terem feito apologia de um produto perigoso, vinculando-o a circunstâncias que dele verdadeiramente

26 Ressalte-se, ademais, que a jurisprudência, apreciando casos afetos ao tema em análise, agasalhou a tese da *aplicação imediata da lei novel (CDC) aos efeitos futuros de situações originadas sob a autoridade da lei anterior (CC de 1916)*, sendo imprescindível fazer menção dos substanciais acórdãos de n.ºs 70007090798 e 70000144626, ambos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo por relatores, respectivamente, os Desembargadores Luiz Augusto Coelho Braga e Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira. Ambos os acórdãos encontram-se disponíveis, em seu inteiro teor, no site: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 14/07/2017.

se excluem (esportes, saúde, lazer, sucesso profissional, etc.), são consideradas ilegais por outra razão não menos vigorosa. É que o princípio da *boa-fé objetiva* era já aplicável mesmo antes do advento do microsistema *consumerista*. A postura perpetrada pela indústria do tabaco, ofertando cigarros por meio de uma publicidade insidiosa, revela por parte dela o exercício *irregular* de um direito, conduzindo-a à ilegalidade, sobretudo porque se valeu de expedientes contrários à moral, boa-fé e bons costumes, para garantir a distribuição em massa dos produtos perigosos que fabrica – e, obviamente, garantir seus lucros –, mesmo ao dissabor da própria saúde daqueles que foram alvo do engodo publicitário. A lesão ao dever de lealdade com o qual se deve tratar o parceiro contratual, *per se*, motiva a conclusão de considerar ilegais as várias publicidades patrocinadas pela indústria do fumo com o fito de garantir a comercialização dos produtos que fabrica.²⁷

Em arremate: a) no desato de demandas que questionam a responsabilidade civil da indústria do fumo, é pertinente a aplicação *imediata* do CDC nas situações em que consumidores adquiriram doenças associadas ao tabaco (ou vieram a falecer) após a sua publicação (março de 1991), mesmo que tenham principiado o consumo de cigarros antes disso; e b) publicidades disseminadas antes de março de 1991 ainda assim poderão ser consideradas ilegais, seja com assento no CDC, quando as consequências negativas de sua apresentação tenham surgido após a sua entrada em vigor, seja com fundamento na *boa-fé objetiva*, mesmo se os danos ocorreram antes da mencionada data (*exercício irregular de um direito*).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Mario César. *O cigarro*. São Paulo: Publifolha, 2001

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994

27 Sobre o ponto, consultar o nosso *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Editora Juruá.

- FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934
- KOOP, C. Everett; GLANTS, Stanton A.; SLADE, John; BERO, Lisa A.; HANAUER, Peter; BARNES Deborah E. *The cigarette papers*. University of California, San Francisco, [s.d.].
- MACHADO, A. Paupério. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986
- MARQUES, Claudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar, corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, n. 835. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74-133
- MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins, 1973
- NUNES, Elpídio Donizetti. Tempus Regit Actum. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 241, p. 26-28, jan. 2007
- Organizacion Panamericana de la Salud; Banco Mundial. La epidemia de Tabaquismo. *Publicacion Científica n. 577*, D.C., U.S.A., 1998
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Forense, [s.d.]. p. 145. v. 1.
- Rigotti, Nancy. Vontade não basta. (Entrevista). *Revista Veja*, Editora Abril. Ano 37, n. 23, 9 de junho de 2004. p. 14-15
- ROSEMBERG, José. *Nicotina*. Droga universal. São Paulo: SES/CVE, 2003
- SILVA, Vera Luiza da Costa e; GOLDFARB, Luisa Mercedes da Costa e Silva; CAVALCANTE, Tânia Maria; FEITOSA, Tereza Maria Piccinini; MEIRELLES, Ricardo Henrique Sampaio. *Falando sobre tabagismo*. 3. ed. Instituto Nacional do Câncer, 1998

