



Universidade de Brasília

Instituto de Relações Internacionais

Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais

XVI Curso de Especialização em Relações Internacionais

Universidade de Brasília

FELIPE CARRERA MARTINEZ AMARAL

**A IMPLEMENTAÇÃO DE EMBALAGENS GENÉRICAS PARA
CIGARROS NA AUSTRALIA E O DIREITO AO USO DA MARCA
NA OMC.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Especialista em Relações Internacionais
pela Universidade de Brasília.

Orientador: Professor Dr. José Flávio Sombra Saraiva

RESUMO

Em dezembro de 2012 o governo australiano tornou-se o pioneiro no mundo a adotar uma medida de promoção de saúde pública através da proibição do direito de uso de marca e restrição à propriedade intelectual. É o caso das embalagens genéricas ou padronizadas para os produtos das indústrias de tabaco, também conhecida como “*plain packaging*” ou embalagem genéricas. Este artigo busca analisar a legalidade da supracitada medida sob a égide da Organização Mundial de Comércio (OMC) e seus respectivos tratados (Acordo TRIPS – Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio -, Acordo GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio – e TBT – Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio). Levar-se-á em conta também a efetividade das embalagens genéricas como política pública de saúde com base em informações do governo australiano e de institutos de pesquisa sobre dados de consumo de tabaco desde a operacionalização de embalagens genéricas.

Palavras-chave: cigarro; embalagens genéricas; OMC; restrições ao tabaco.

ABSTRACT

In December 2012 the Australian government became the first in the world to adopt a measure of public health promotion through the prohibition of the right to trademark use and restrictions over intellectual property. This is the case of the generic or standardized packaging for the products of the tobacco industry, also known as "plain packaging". This paper analyzes the legality of plain packaging under the World Trade Organization (WTO) and respective treaties (TRIPS Agreement - Aspects of Intellectual Property Rights Related to Trade - GATT - General Agreement on Tariffs and Trade - and TBT - Agreement on Technical Barriers to Trade). Additionally, this paper will report the effectiveness of generic packaging as public health policy based on information from the Australian government and research institutes on tobacco consumption data since the implementation of generic packaging.

Key-words: cigarettes; plain packaging; WTO; tobacco restrictions.

1 INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no aprofundamento do tema, faz-se necessário conceituar a medida a ser analisada neste artigo. De uma forma geral, os projetos de leis e outros diplomas legais que propõem embalagens genéricas ao redor do mundo determinam uma padronização e/ou eliminação da exposição externa das embalagens dos produtos, mormente advinda da eliminação de elementos distintivos das marcas, como cores, formas, entre outros elementos gráficos. Igualmente, os elementos nominativos ou apenas os nomes das marcas e/ou produtos passam a ser padronizados em fontes e tamanhos pré-definidos pela lei, via de regra estas predefinições minimizam/extinguem a percepção dos consumidores dos produtos e limita sua capacidade de diferenciação entre os produtos disponíveis no mercado. Em outras palavras, elimina-se tudo que consiste a marca de um produto e todo e qualquer sinal distintivo usado para diferenciar produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

A marca é a identidade de um produto e possui também uma função primordial na promoção da inovação e categorização da qualidade dos produtos de qualquer indústria e do próprio consumidor. Destarte, tantos produtos presentes na nossa sociedade recebem tanto valor agregado para seus detentores e estimulam o consumo de investidores, concorrendo para o fomento de um mercado concorrencial assegurado constitucionalmente.

Considerando a gravidade e agressividade da medida regulatória, desnecessário dizer que estas proposições têm incidência limitada e reservada para produtos específicos.

No caso ora sob apreço, o mercado tabagista vem sofrendo diferentes restrições e proibições há décadas. O divisor de águas para o crescimento do movimento antitabagista e, igualmente, da evolução das medidas regulatórias de proteção à saúde e prevenção ao tabaco foi o “*Tobacco Master Settlement Agreement*”. Também denominado MSA (sigla em inglês) o acordo foi realizado em 1998 envolvendo as quatro maiores empresas cigareiras dos Estados Unidos (Philip Morris Inc., RJ Reynolds, Brown & Williamson e Lorillard). Em linhas gerais, a indústria de tabaco irá pagar até 2023 o valor de 206 bilhões de dólares para compensar ao Estado os

custos do sistema de saúde em razão de doenças potencialmente relacionadas ao tabaco e reduzir ações de marketing agressivas. Em troca, os Estados americanos deixaram de processar os fabricantes, isentando as empresas de responsabilidade extracontratual por consumo de tabaco.

Na mesma época, foi iniciado um processo na Assembleia Mundial da Saúde para a criação e desenvolvimento da Convenção Quadro para o Controle de Tabaco (CQCT), e já no ano seguinte foi proposto um Grupo Técnico de Trabalho para elaborar medidas regulatórias que promovessem uma redução no consumo de tabaco.

No que se refere ao histórico brasileiro, desde 1996, o Brasil vem enfrentando ondas de regulamentação para o controle de tabaco e consumo de cigarros. Medidas que incluem a proibição de publicidade de cigarros dentro e fora do ponto de venda, proibição de ingredientes aditivos ao cigarro, como sabores mentolados, achocolatados e outros que sejam meramente aditivos a percepção e palato, restrições para vendas em determinados estabelecimentos. Ademais, o Brasil assinou a CQCT em 2003, ratificando-a em 2005, outrossim, existe uma percepção internacional que enxerga no Brasil um exemplo no controle do tabagismo, principalmente face ao seu arcabouço jurídico legislativo antitabagista.

Nesse diapasão, a pedra angular para as restrições legais antitabagistas no país deu-se com a Lei 9.294 de 1996 que *“Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.”*, impondo a proibição de publicidade em todas as suas formas, permitindo neste primeiro momento, a comunicação dentro do ponto de venda através de painéis, cartazes e banners.

Em 2011, a Lei 9.294 foi alterada pela Lei 12.546, que proibiu a publicidade dentro do ponto de venda, permitindo apenas a exibição de produtos. Esta Lei também estabeleceu a proibição de fumar em recintos fechados e um adicional de imagem sanitária em 30% da face frontal das embalagens a partir de 2016.

No caso emblemático da Austrália, o “*Tobacco Plain Packaging Act*” de dezembro 2012 determinou que os cigarros e outros produtos derivados do tabaco têm de ser vendidos em embalagens sem caracterização de marca. A Austrália foi o primeiro país a impor esta medida visando diminuir o consumo de cigarro e outros derivados do tabaco.

O cerne desta medida na Austrália foi a promoção da saúde pública, através do incentivo a desistir do tabagismo, com especial foco na juventude e na imposição de barreiras ao consumidor. Até esta data, existem apenas estudos preliminares que têm apontado que a medida não está atingindo o núcleo dos objetivos da política pública do governo australiano.

Nesse liame, em razão da gravidade e da falta de comprovação empírica da medida Cuba, Indonésia Honduras, República Dominicana e Ucrânia abriram painéis na Organização Mundial de Comércio contra a lei australiana por considera-la violadora dos direitos de marca e de propriedade intelectual, além de desproporcionais e transgressoras de acordos realizados no âmbito da OMC como TRIPS – Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio; GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio; e TBT – Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. A ocorrência de disputas no âmbito da OMC sobre produtos de tabaco e já possui precedentes como: “*Peru – Taxes on cigarettes; Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes, Thailand – Cigarettes (Philippines); United States – Clove Cigarettes e Armenia – Cigarettes and Alcoholic Beverages*”.

No entanto, a dicotomia entre promoção e proteção da saúde pública versus o direito de propriedade intelectual/uso de marca e livre mercado talvez não possua melhor representação que a medida de embalagens padronizadas ou genéricas. Sopesar estes valores e direitos a nível global é uma tarefa árdua a ser enfrentada pela OMC – já há número de recorde partes interessadas neste tema no Órgão de Solução de Controvérsias – porquanto também é de interesse dos Estados e das sociedades que o legitimam. Assim não somente, o tema perpassa a linha entre intervenção regulatória ou limites a ela, como também a defesa de interesses de proteção internacional, como o direito de uso à marca e a necessidade de promover políticas de saúde pública efetivas para os governados de um Estado.

Especificamente para o Brasil e Austrália esta questão apresenta ainda outras possíveis repercussões. No caso do Brasil, sendo o maior exportador de fumo do mundo e o segundo maior produtor há a necessidade de acompanhar a matéria de perto em razão dos possíveis impactos no consumo de tabaco ao redor do mundo. Para a Austrália há o risco de retaliações pela medida tomada, principalmente por parte de países ao redor que já ameaçaram boicotar, por exemplo, o vinho australiano como no caso da Indonésia.

Por fim, cabe ressaltar que a construção de políticas públicas voltadas à redução/eliminação do consumo de produtos derivados do tabaco é um movimento regulatório irreversível face aos males causados pelo produto, no entanto, é papel fundamental dos legisladores e demais atores políticos avaliar se as políticas públicas utilizadas estão surtindo o efeito necessário e se há meios de continuar-se restringindo o consumo de tabaco sem fomentar o crescimento de um mercado paralelo ilegal que gera prejuízo ao Estado em perda de arrecadação tributária, empregos diretos e indiretos e, ainda, estimula o consumo de produtos sem nenhuma fiscalização fitossanitária por parte dos órgãos reguladores responsáveis.

Neste artigo foram propostas três seções para analisar os temas aqui introduzidos. Na próxima seção investir-se-á sobre os casos de disputa envolvendo na Tabaco na OMC sob a perspectiva dos tratados acima mencionados e os resultados destas disputas no que concerne os países envolvidos. Posteriormente, será feito um histórico sob a perspectiva brasileira da regulamentação do cigarro e de seus derivados e, outrossim, de propostas legislativas internas que ressoem o tema ora sob apreço. Ademais, na última seção será feita uma análise comparativa do caso australiano com base em pesquisas públicas disponíveis para aferição da efetividade das embalagens genéricas e o balizamento destas com o direito de propriedade intelectual e de uso da marca da indústria do tabaco. Por derradeiro e imprescindível, haverá uma conclusão com posicionamento sobre o tema com lastro nos documentos e fatos apresentados durante este estudo.

2 OS ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO E AS DISPUTAS SOBRE TABACO NA OMC

O tema propriedade intelectual é caro em muitos tratados internacionais, entre eles o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, doravante denominado “Acordo TRIPS” (sigla em inglês), talvez seja o mais relevante para o tema sob apreço.

Não obstante, o tema propriedade intelectual está disciplinado em diversos tratados, como as Convenções, de Paris (1967), Berna (1971) e Roma (1961). No entanto, o Acordo TRIPS e suas atualizações merecem destaque ao perseguir um sopesar de direitos privados e interesses públicos, pode-se citar como exemplo a Declaração de Doha referente ao Acordo TRIPS e Saúde Pública (2001). A Declaração de Doha é considerada por muitos, uma tentativa de equilibrar a necessidade de se criar políticas públicas voltadas para a saúde, no caso específico da Declaração o acesso aos medicamentos oposto aos direitos de patentes de conglomerados responsáveis por desenvolver e fabricar drogas que também promovem a saúde humana.

Na mesma linha explica Young¹:

O Acordo TRIPS inovou não apenas por inserir questões além do comércio de bens na OMC, mas também por estabelecer um padrão de equilíbrio entre o interesse público e os direitos e incentivos relativos à propriedade intelectual. Nesse sentido, mais do que um padrão mínimo de proteção intelectual a ser implementado e, quando desejado, ampliado pelos Estados em suas legislações nacionais, o Acordo TRIPS reflete a convergência de interesses diversos manifestos por países desenvolvidos e em desenvolvimento, interesses individuais e coletivos.

Outros acordos que não poderiam de deixar de ser citados neste artigo são o Acordo GATT² (sigla em inglês) – Acordo Geral de Tarifas e Comércio e o TBT³ (sigla em

¹ YOUNG, Rocha Chloe. “*Tobacco by Any Other name*”: Embalagens Genéricas e uso da marca no âmbito do Acordo Trips. Pag 532.

² WTO Records: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf Acesso: 19 de Janeiro de 2015

³ WTO Records: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm Acesso: 19 de Janeiro de 2015

inglês) – Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. Referidos acordos são categóricos na proteção ao direito de propriedade intelectual e ao uso da marca, visto que são acordos voltados essencialmente para o comércio internacional.

Nesse liame, o Acordo GATT, por exemplo, deixa pouca dúvida sobre a proteção ao destaque geográfico ou “Marks of Origin”⁴ e aos direitos de informação do consumidor sobre a origem dos produtos, que no caso dos produtos de tabaco ficaria prejudicado com a embalagem genérica ou padronizada. Voltaremos a necessidade da proteção a direito do consumidor em ser informado da origem e demais características do produto em momento oportuno, agora faz-se necessário adentrar no Acordo TRIPS por ser este o mais controverso no que se refere a defesa da embalagem genéricas nos produtos derivados de tabaco.

Em seu artigo 7⁵ parece ser claro que o Acordo visa uma promoção de convergência entre o direito de propriedade intelectual e a consecução de interesses públicos ao estabelecer que:

The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge[...]

Referido artigo vem sendo interpretado como certa liberdade por pesquisadores da área de saúde para afirmar que a promoção e a disseminação de tecnologia estariam ligadas ao “bem-estar e, em particular, às necessidades de saúde pública voltadas em especial às políticas públicas antitabagistas” (Young; 2015).

Tal interpretação parece forçosa na medida em que o artigo 8 do Acordo TRIPS atesta que:

⁴ “The contracting parties recognize that, in adopting and enforcing laws and regulations relating to marks of origin, the difficulties and inconveniences which such measures may cause to the commerce and industry of exporting countries should be reduced to a minimum, due regard being had to the necessity of protecting consumers against fraudulent or misleading indications”. GATT, 1996. Pag 15. WTO Records: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf Acesso: 19 de Janeiro de 2015

⁵ WTO Records: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm Acesso: 19 de Janeiro de 2015

1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement. 2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.

Pela redação do artigo parece claro que para a realização de políticas públicas que limitem ou reduzam o direito de propriedade intelectual devam ser necessárias e adequadas. Segundo o artigo XX (b) do GATT, é necessário um exame de necessidade de forma tripartite: um “objetivo legítimo”; a inexistência de outra medida menos restritiva que poderia cumprir o mesmo objetivo, e; a importância do objetivo face à limitação comercial.

É imperioso ressaltar, embora aprofundar-se-á em capítulo específico, que a medida australiana de embalagens genéricas de tabaco possui um objetivo legítimo que é a consecução da saúde pública através da redução do tabagismo, contudo não obedece ao critério número dois qual seja medidas menos restritivas (restrição a publicidade, limitação de exposição do produto) ao consumo de tabaco.

Outrossim, como não houveram estudos em que se poderia provar que tal medida surtiria o efeito pretendido entende-se aqui que a importância do objetivo deveria ter sido mitigada face ao impacto da gravíssima limitação comercial que é a proibição de uso da marca. Em outras palavras, se nem buscou-se provar que de fato a medida traria o objetivo perseguido, nos parece que há uma certa relativização do mesmo.

Pode-se argumentar que esta avaliação da necessidade de uma medida regulatória em no âmbito do mercado comercial é por demais restritiva e foi estabelecida pelo Acordo GATT não pelo Acordo TRIPS. Ademais, poderia ainda defender-se que os princípios do Acordo TRIPS visam justamente facilitar a convergência de criação de políticas públicas que promovam a saúde pública ou incorram para o seu desenvolvimento.

Por esse raciocínio, há um silogismo perigoso. Sempre em que se vislumbre possibilidade, mesmo não comprovada, de se estabelecer políticas regulatórias agressivas estaria o Estado Membro autorizado desde que fizesse uma justificativa causal de seu objetivo legítimo.

Vejam o seguinte exemplo, digamos que determinado Estado Membro X da OMC e, desta forma também, parte do Acordo TRIPS, entenda por seus reguladores internos que a atratividade de produtos *fast-food* reside na embalagem colorida e apelativa de seus produtos e, em razão disso, o Estado Membro X resolva padronizar as embalagens para reduzir o consumo de *fast-food* que em sua maioria advêm do Estado Membro Y. Ora, como sabe-se a alimentação de produtos rápidos é mais calórica e também prejudicial à saúde de modo que o objetivo de proteger a saúde é nobre e legítimo. Contudo, há diversos motivos pelos quais as pessoas comem lanches rápidos, tempo, predileção, *status*, entre outros. Da mesma maneira, essa indústria gera bilhões em tributos e milhares de empregos. Não nos parece razoável que Acordos Comerciais Internacionais tenham sido constituídos para dar tamanha liberdade há restrições tão agressivas.

O maior exemplo da controvérsia sobre a possibilidade ou não de se eliminar ou mitigar esse “exame de necessidade” do GATT são os 5 contenciosos na OMC sobre a medida australiana originários por Ucrânia, República Dominicana, Honduras, Indonésia e Cuba contra política pública australiana que permitiu a criação de embalagens genéricas para produtos derivados de tabaco. Dos 6 painéis relativos ao tema tabaco, 5 painéis são referentes a política pública australiana com o número recorde até o momento de 38⁶ partes interessadas.

⁶WTORecords:http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_subjects_index_e.htm#selected_subject Acesso: 17 de Janeiro de 2015

DS227	Peru – Taxes on Cigarettes (Complainant: Chile)	1 March 2001
DS434	Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Complainant: Ukraine)	13 March 2012
DS435	Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Complainant: Honduras)	4 April 2012
DS441	Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Complainant: Dominican Republic)	18 July 2012
DS458	Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Complainant: Cuba)	3 May 2013
DS467	Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain	20 September 2013

Em suma os países consultantes alegam os mesmos⁷ diplomas legais do Acordo TRIPS, TBT e GATT. Curiosamente, o Acordo TRIPS é o mais citado no questionamento a Austrália, precisamente pelos artigos 2.1, 3.1, 15.4, 16.1, 20, 22.2(b) e 24. 3.

Em que pese os artigos citados, a possibilidade dos Membros da OMC desenvolverem políticas públicas limitadoras à propriedade intelectual, especialmente no que tange à saúde pública encontra restrições também no artigo 8.1⁸ do Acordo TRIPS. O artigo 8.1 é claro ao determinar que deve haver um princípio de coesão entre as medidas que visem restringir a propriedade intelectual e os demais artigos do Acordo TRIPS. Nos parece elementar que sendo o direito de uso à marca uma pedra fundamental para a configuração e ratificação do Acordo TRIPS, carece de conformidade a medida australiana face ao sobredito acordo.

Por outro lado, poder-se-ia alegar que o direito e a promoção da saúde pública sobrestariam o direito à propriedade intelectual e conseqüentemente ao direito de uso de marca. Poderia se admitir esta hipótese - sem dúvida parece louvável a iniciativa de elevar a saúde como princípio mais caro – porém isso traria duas básicas conseqüências: I) o desestímulo industrial em desenvolver novos produtos que poderiam se submeter ao risco de perderem seu direito de propriedade intelectual,

⁷ Articles 2.1, 3.1, 15.4, 16.1, 20, 22.2(b) and 24.3 of the TRIPS Agreement; Articles 2.1 and 2.2 of the TBT Agreement; and Articles III:4 and IX:4 of the GATT Agreement. 1994.WTORecords:http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_subjects_index_e.htm#selecte_d_subject Acesso: 17 de Janeiro de 2015

⁸ 8.1. “Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.” Grifos nossos. http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm2_e.htm

podendo prejudicar até a saúde pública; e II) a necessidade de indenização as empresas detentoras de direitos de uso de marca e propriedade intelectual pela expropriação de suas marcas.

Não obstante o acima alegado, o direito de uso da marca encontra-se presente nos artigos 16.1⁹ e também no artigo 20¹⁰ do Acordo TRIPS. Ambas as provisões inferem a relevância da garantia do direito de uso da marca e que este não poderá ser “injustificadamente” tolhido do seu direito. Destarte, o Acordo protege inquestionavelmente medidas que restrinjam o direito ao uso da marca que não possam ser justificáveis – aqui nos parece haver certa semelhança com a avaliação de necessidade do GATT sobredita – nem por limitações impostas por outros.

Como discorrido na introdução deste artigo, o elemento mais fundamental da marca é a capacidade de distinção do produto face aos seus concorrentes. Desta maneira parece ser essa a finalidade do legislador ao proteger o direito de uso da marca nos supracitados artigos.

O artigo 20 do Acordo TRIPS é assertivo no estabelecimento ou na impossibilidade do estabelecimento de embalagens padronizadas ou genéricas para produtos de tabaco. Referido artigo assegura ao detentor do registro a possibilidade de distinção dos serviços ou produtos oferecidos por ele. Esse elemento diferenciador é justamente o cerne ofendido pelas embalagens genéricas de tabaco, é a impossibilidade de terceiros expropriarem a viabilidade de diferenciação dos demais produtos e serviços.

⁹ 16.1 “The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion. In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed. The rights described above shall not prejudice any existing prior rights, nor shall they affect the possibility of Members making rights available on the basis of use” http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm3_e.htm#2

¹⁰20.1 “The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark, use in a special form or use in a manner detrimental to its capability to distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings. This will not preclude a requirement prescribing the use of the trademark identifying the undertaking producing the goods or services along with, but without linking it to, the trademark distinguishing the specific goods or services in question of that undertaking”.

Nesse liame, se a política pública australiana, mesmo que voltada para o bem maior da saúde pública e a promoção da redução de consumo de tabaco, não pode ser justificada por efetividade ou exames empíricos (no último capítulo iremos demonstrar que elas estão produzindo o efeito reverso), e, ademais, se encontra protegido o elemento de diferenciação dos produtos e serviços salvaguardados no Acordo TRIPS não vislumbramos possibilidade de que referida política pública tenha êxito no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, muito menos subsiste razão aos defensores da medida que encontram no Acordo TRIPS e na Declaração de Doha subsídios para justificar a medida australiana, pura e simplesmente, por tratar de saúde pública.

O Acordo TRIPS busca sopesar interesses e direitos de maneira a modernizar o desenvolvimento de novas políticas públicas face questões como o acesso a medicamentos por países subdesenvolvidos, por exemplo, que não menos árida que a questão do tabaco requer uma relativização em razão da razoabilidade face as doenças enfrentadas e, outrossim, pela efetividade já justificadas de tais drogas.

Em verdade o Acordo TRIPS não pode fugir ao regramento estabelecido mesmo que para a criação de uma política pública com um fim teórico nobre e louvável. O descumprimento ou interpretação extensiva dos dispositivos do Acordo TRIPS para criação de uma exceção no caso da embalagem genérica dos produtos de tabaco pode criar uma jurisprudência ou mesmo apenas um precedente de difícil.

Dois casos ilustrativos a respeito de restrições referentes a tabaco são o “*US — Clove Cigarettes*”¹¹ e “*Peru — Taxes on Cigarettes*”¹². Em 2010, a Indonésia realizou consultas questionando a medida americana que proibiu a importação de cigarros de cravo em 2009. Apesar da proibição, a legislação americana continuou permitindo a produção e venda de cigarros com outros aditivos, incluindo o mentol (aromatizante como o cravo). Depois de 2 anos de discussão dentro da OMC, Estados Unidos e Indonésia chegaram a um acordo e a Indonésia solicitou a retirada da consulta e,

¹¹ WTO Records: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds406_e.htm Acesso: 23 de Janeiro de 2015.

¹² WTO Records: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds227_e.htm Acesso: 23 de Janeiro de 2015.

apesar de, aparentemente¹³ o banimento ao cravo ter sido mantido foram feitas concessões em diversas áreas para a Indonésia.

Neste caso ressona-se se o que se busca é efetivamente uma promoção de saúde pública. É minimamente questionável que se crie uma barreira de importação, conquanto se permita a produção e venda de ingrediente similar ou ainda mais atrativo no mercado interno. Este é um dos riscos de se permitir interpretações excessivamente expansivas do Acordo TRIPS. O sofisma que se apresenta como engodo para criar uma vantagem competitiva para a indústria interna.

No segundo caso “*Peru — Taxes on Cigarettes*”, o Chile requereu consultas sobre a tributação de cigarros em Março de 2001. A questão girava em torno da alteração da legislação sobre o imposto aplicado aos cigarros feitos de tabaco escuro, cigarros normais feitos de tabaco e cigarros premium feitos de tabaco claro. Em outras palavras, o Peru criou um imposto específico diferente para cada uma dessas categorias de cigarros de acordo com a cor do tabaco e do número de países que circulariam determinadas marcas, mais que três e o imposto seria maior.

O Chile alegou que esta diferenciação parecia ser específica e tendenciosa a afetar mais os cigarros importados, do Chile, por exemplo, que, sendo comercializado em mais de três países, estariam sujeitos a um imposto mais elevado do que os cigarros de marcas locais. Na visão de Chile tal medida seria prejudicial para as exportações de cigarros chilenas para o Peru e poderia constituir uma violação do Acordo GATT.

Em Junho de 2001, três meses após a consulta chilena, os próprios chilenos retiraram a consulta, devido a uma alteração do regime fiscal peruano que, consentindo, modificou a tributação de cigarros para o sistema comum peruano imposto, independentemente da sua origem, preço, tipo ou qualidade do tabaco ou o número de mercados em que é vendido.

Esse outro painel desta vez relacionado ao Acordo GATT e não ligado a promoção de saúde pública, foi relatado para asseverar como a avaliação da necessidade da

¹³ Nota do Autor: Em recente visita aos EUA foi possível encontrar cigarros de cravo com certa facilidade, não poderia contudo avaliar se a procedência era originária da Indonésia.

medida, da sua adequação aos acordos internacionais e da viabilidade de outras medidas mais adequadas e menos gravosas para o comércio internacional.

Pelos dois exemplos podemos identificar construções normativas para restrições de tabaco que de fato não visavam a promoção de saúde pública (presente ou não este argumento). No caso americano, procurou-se a justificativa da promoção da saúde pública como discurso para restringir a entrada de cigarros indonésios nos Estados Unidos, como sobredito, fosse mesmo a saúde pública teriam sido banidos os cigarros mentolados e com demais aditivos e, não mais permitida a venda de cigarros de cravo no continente. Por outro lado, no caso peruano buscou-se discriminar um produto ou serviço pelo número de países em que o mesmo circula, ora, evidente que tal medida é excessivamente protetora e não poderia lograr êxito na OMC pela própria natureza ilógica da construção normativa.

Destarte, em que pese seja necessário reafirmar que a saúde como princípio e condição humana conceitualmente sempre se sobreporá ao direito de propriedade intelectual, na esfera normativa entendemos que os mecanismos de controle existentes nos tratados internacionais são imprescindíveis para garantir a proteção ao direito de uso da marca de qualquer produto ou serviço, uma vez que referida proteção é fundamental para o desenvolvimento de novos produtos (sejam de cigarros com menos danos à saúde ou de qualquer outro produto), para a garantia do lucro, emprego que movimentam inúmeros setores da economia.

3 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DAS INICIATIVAS ANTITABAGISTAS BRASILEIRAS

Nesta seção do artigo irão ser levantadas as principais medidas já implementadas no Brasil no que tange a política nacional de saúde em relação ao tabaco com base nas normas gerais da Convenção-Quadro Para o Controle do Tabagismo (CQCT) e será feito um histórico sob a perspectiva brasileira da regulamentação do cigarro e de propostas legislativas internas que ressoem o tema ora sob apreço.

Em breve exposição preliminar podemos antecipar que no que se refere ao histórico brasileiro, desde 1996, o Brasil vem enfrentando ondas de regulamentação para o controle de tabaco e consumo de cigarros. Medidas que incluem a proibição da publicidade de cigarros dentro e fora do ponto de venda, proibição de ingredientes aditivos ao cigarro, como sabores mentolados, achocolatados e outros que sejam meramente aditivos a percepção e palato, restrições para vendas em determinados estabelecimentos. Ademais, o Brasil assinou a CQCT em 2003, ratificando-a em 2005, outrossim, existe uma percepção internacional que enxerga no Brasil uma liderança regional no controle do tabagismo, principalmente face ao seu arcabouço legislativo antitabagista.

Nesse diapasão, a pedra angular para as restrições legais antitabagistas no país deu-se com a Lei 9.294 de 1996 que *“Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.”*, impondo a proibição de publicidade via radiodifusão e televisiva em todas as suas formas, permitindo, neste primeiro momento, a comunicação dentro do ponto de venda através de painéis, cartazes e banners.

Em 2011, a Lei 9.294 foi alterada pela Lei 12.546, que proibiu a publicidade dentro do ponto de venda, permitindo apenas a exibição de produtos. Esta Lei também estabeleceu a proibição de fumar em recintos fechados e um adicional de imagem sanitária em 30% da face frontal das embalagens a partir de 2016.

Em maio de 2014, o Decreto 8.262 regulamentou a Lei 12.546 para proibir o consumo de cigarros em espaços fechados e semiabertos e a publicidade de cigarros via *posters* e cartazes também dentro do ponto de venda, também proibindo a criação de bares ou restaurantes para fumantes e a criação de fumódromos fechados, entre outras medidas que aprofundaremos posteriormente.

A breve linha do tempo acima é para demonstrar a evolução do rigor no que concerne a proteção da saúde do não-fumante e o estabelecimento de diretrizes que visam promover a redução do consumo de produtos derivados de tabaco em todo país.

Facilita a compreensão quando temos ciência que em fevereiro de 2006 a CQCT entrou em vigência no país, desde já destacamos o objetivo da Convenção em seu artigo terceiro:

O objetivo da presente Convenção e de seus protocolos é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, proporcionando uma referência para as medidas de controle do tabaco, a serem implementadas pelas Partes nos níveis nacional, regional e internacional, a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco¹⁴.

Um elemento importante para entender como evoluem as medidas antitabagistas não só no Brasil, mas em todos os países signatários da CQCT são as Conferências das Partes ou “COPs”. A principal função destas conferências é reunir os atores nacionais e internacionais envolvidos com o tema, desde os representantes ministeriais até o terceiro setor para desenvolver e monitorar o contínuo progresso das políticas públicas para redução do consumo de produtos derivados do tabaco.

Via de regra as COPs acontecem a cada dois anos e uma qualidade inerente dessas conferências é o intercâmbio direto entre Estados membros sobre práticas e experiências de políticas regulatórias implementadas ou a serem implementadas para que seja possível uma evolução em conjunto de avanços na proteção à saúde e a criação de políticas públicas efetivas no que diz respeito ao controle de tabaco.

¹⁴ Artigo terceiro da Convenção-Quadro Para o Controle do Tabaco

Não sendo o objetivo deste trabalho discutir todas as seis COPs já realizadas, destacam-se na presente obra três COPs que parecem demonstrar um pouco do posicionamento legislativo brasileiro face ao controle de tabaco.

A primeira COP a ser destacada foi a Segunda Conferência das Partes ocorreu em 2007, em Bancoc, na Tailândia. Na ocasião foram debatidas e aprovadas as diretrizes que determinavam a adoção pelos Estados-Membros de ambientes completamente ou cem por cento livres de fumaça de tabaco. Esta primeira provisão foi de fundamental importância para o pioneirismo mundial brasileiro na extinção de fumódromos (ambientes isolados para o consumo de tabaco) e na proibição de consumo de tabaco em ambientes que não sejam totalmente abertos. Vejamos como era a legislação brasileira em 1996, antes da sobredita COP:

Determinava a lei 9.294/96 em seu artigo segundo:

Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente¹⁵.

Não tardou muito para após o advento da diretriz da COP que alguns estados brasileiros tomassem a iniciativa de cumprir a determinação da COP de Bancoc. O precursor foi o Estado de São Paulo, através de uma grande movimentação política do então governador José Serra começou um processo para proibir o consumo de produtos fumígenos em ambientes fechados, ainda que, houvesse a sobredita provisão em lei federal.

A movimentação política de São Paulo logrou êxito e em 2009 o Estado proibiu o uso de cigarros e outros produtos derivados do tabaco em todos os ambientes coletivos fechados do Estado. O ponto que justifica o destaque da COP em referência foi que dentre os trâmites legislativos uma das justificativas para a criação e aprovação da lei foi que o Estado de São estava em harmonia com a nova diretriz

¹⁵ Artigo segundo da Lei Federal 9.294 de 1996

internacional para reduzir os efeitos nocivos do tabagismo conforme estabelecido na Segunda Conferência das Partes ocorrida em Bancoc.

Nos parece caro ressaltar e demonstrar a importância das decisões tomadas em fóruns internacionais muitas vezes negligenciada pela mídia e legisladores nacionais. A anuência do Brasil com a diretriz de Bancoc promoveu e fortaleceu a política antitabagista do Estado de São Paulo que escalonou para outras federações do Brasil como Amazonas, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima e São Paulo criaram leis estaduais para inviabilizar fumódromos ou espaços coletivos para consumos de tabaco.

Nesse liame, em Maio de 2014 a Presidência da República publicou o Decreto 8.262 de 2014 que restringiu ainda mais a possibilidade da existência de fumódromos ao limitar conceitualmente o sentido de espaço coletivo, senão vejamos:

Art. 1 [...]I - RECINTO COLETIVO FECHADO - local público ou privado, acessível ao público em geral ou de uso coletivo, total ou parcialmente fechado em qualquer de seus lados por parede, divisória, teto, toldo ou telhado, de forma permanente ou provisória.¹⁶

A inovação da legislação brasileira foi justamente por definição de recinto coletivo fechado apenas permitir o fumo em lugares abertos, impossibilitando mesmo que haja uma proteção meteorológica ao consumidor de cigarro. Por esta definição e pela interpretação do conjunto do sobredito decreto fica proibido também a criação de bares que queiram oferecer serviço para clientes fumantes, obviamente, se não se pode criar um estabelecimento específico para fumantes que não sejam tabacarias, não perde o Estado em arrecadação numa restrição que não protege terceiros não fumantes? A provocação é por que um não fumante iria entrar num bar só de fumantes? E a saúde de quem o estado estaria protegendo nesta situação? A do próprio fumante? São questionamentos relevantes que colocamos para a reflexão e contínua necessidade de avaliarmos sempre políticas públicas com precisão e criticidade.

¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8262.htm

Um último adendo, o grande propulsor político desta medida foi o atual Ministro da Saúde Arthur Chioro. À época a mídia política especializada considerava-o como um Ministro transitório em um ano de Eleições Gerais¹⁷.

A segunda COP a ser debatida foi a COP de Durban em 2008 na África do Sul. Dentre as inúmeras discussões que foram realizadas destacam-se duas para o presente trabalho a consecução dos artigos 11 e 13 da CQCT.

O artigo 11 trata do tema central destes artigos, as embalagens de cigarro e o artigo 13 da publicidade e atividades promocionais de tabaco. Com referência ao arcabouço da legislação brasileira já eram presentes restrições a publicidade do tabaco. Antes mesmo desta COP já não eram permitidas publicidades em televisões e emissoras de rádio e demais difusora. Entretanto, após a realização da Conferência das Partes da África do Sul a Lei 12.546 de 2011 trouxe uma inovação, o banimento da última espécie de marketing ou publicidade das empresas tabaqueiras em território nacional, a já mencionada, proibição de *posters*, cartazes, identidades visuais em dispositivos e demais formas de *merchandising* em pontos de venda.

A ratificação da disposição legal acima veio com a regulamentação através do sobrecitado Decreto 8.262 de 2014, assim vejamos:

Art. 7º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, narguilé ou outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, observado o seguinte: I - a exposição dos produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, nos locais de venda somente poderá ocorrer por meio do acondicionamento das embalagens dos produtos em mostruários ou expositores afixados na parte interna do local de venda (grifos nossos).¹⁸

No que tange as embalagens de cigarro o Brasil já determinava que os maços de cigarro deveriam conter as chamadas “advertências de saúde”, quais sejam os

¹⁷Matéria da Foha de São Paulo. Acesso em 05 de Fevereiro de 2015. https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Fcolunas%2Ffigorgielow%2F2014%2F01%2F1400932-um-ministerio-de-chioros.shtml&ei=qqTzVJDgHqi1sASC9YCQAQ&usq=AFQjCNFmzfG0XiPCUxIj3_ymwvmt7JiIW_A&sig2=xLXJ8afTsmOpshAb3ErR_A

¹⁸http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8262.htm

informes visuais e textuais sobre os potenciais malefícios do consumo de tabaco e da inclusão do número de ajuda para suporte aos fumantes que desejem parar de fumar, além de um descritivo quantitativo das substâncias naturais e aditivadas aos produtos derivados de tabaco.

Outra inovação da legislação brasileira através da Lei 12.546 de 2011 foi o incremento de uma nova advertência de saúde na face frontal do maço de cigarro que ocorrerá a partir de Janeiro de 2016 e deverá ocupar 30 por cento da área conforme o parágrafo sexto e artigo segundo da referida lei.

§ 6º A partir de 1º de janeiro de 2016, além das cláusulas de advertência mencionadas no § 5º deste artigo, nas embalagens de produtos fumígenos vendidas diretamente ao consumidor também deverá ser impresso um texto de advertência adicional ocupando 30% (trinta por cento) da parte inferior de sua face frontal¹⁹.

Apesar de o Brasil já possuir uma legislação vanguardista nos aspectos discutidos nesta COP, podemos observar que mesmo assim ainda ocorreram mais restrições à publicidade e embalagem dos produtos derivados de tabaco. Como ressaltado no início deste artigo a marca e a sua capacidade de diferenciação são vitais para a competitividade de um produto, desta forma, a legislação brasileira se mostra em linha com as exigentes restrições estabelecidas nas discussões da COP, deveras, uma vez que para a exposição da marca após 2016 somente haverá 70% de uma face de todo o maço de cigarro para haver a exposição de marca.

Outro destaque importante que merece esta COP é que foi o nascedouro para a política de embalagem genérica australiana. Ao acordarem que a embalagem deveria ser um dos próximos itens de serem promovidos e desenvolvidos em termos de políticas públicas pelos Estados-membros da Conferência das Partes, esta COP impulsionou a efetivação, já em 2010 (com menos de 24 meses), da medida mais controversa de toda a história em restrições e banimentos de cigarros o *Plain Packaging Act* ou embalagem padronizada australiana.

¹⁹ Artigo segundo, inciso sexto da Lei Federal 9.294 de 1996, incluído pela Lei nº. 12.546 de 2011

Este pequeno adendo sobre a questão australiana foi aqui abordado para demonstrar o lapso temporal que políticas públicas podem ser criadas e implementadas através do fomento de diretrizes internacionais, também assevero o impacto do *soft law* na construção do cotidiano e sua participação direta nos deveres e direitos dos indivíduos e de uma sociedade.

A derradeira Conferência das Partes a ser mencionada foi a COP4 realizada em 2010 no Uruguai. Dentre as diversas ações discutidas nesta COP optamos por discorrer sobre o tema do mercado ilícito. Pela primeira vez em uma COP o tema pareceu ser tratado como uma das prioridades do evento, tal qual, foi estabelecido que deveria ser criado um Protocolo sobre o mercado ilícito de cigarros a ser estendido para as COPs posteriores. Além do Protocolo sobre Mercado Ilícito de cigarros foi igualmente e oportunamente determinada a criação de um grupo técnico para avaliar o volume de transferência de cigarros entre fronteiras, especialmente para os países que atravessam a questão do tráfico de cigarros com maior gravidade.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o Brasil tem um mercado de consumidores de cigarros estimado em 15% ou 30 milhões de consumidores. Cabe ainda o destaque que todas as regulamentações aqui descritas e outras derivadas da Agência reguladora competente (ANVISA), bem como os tributos arrecadados dos quase 90% de imposto sobre o cigarro, tudo isto, só vale para os cigarros legalmente comercializados.

O mercado ilegal brasileiro de cigarros chega a 30%²⁰ ou uma perda de arrecadação anual ao governo de quase bilhões de reais anuais. Em termos comparativos podemos dizer que juntando os mercados de cigarros, roupas, TI, perfumes, bebidas e DVDs o Brasil perdeu 160 bilhões de reais o dobro dos investimentos previstos para o Programa Minha Casa Minha Vida nesse período.²¹

Obviamente longe de ser um problema restrito ao mercado de cigarros, contudo mais voltado ao controle de fronteiras entre Brasil e Paraguai, o mercado de cigarros

²⁰ <http://www.monitormercantil.com.br/index.php?pagina=Noticias&Noticia=148234>

²¹ <http://www.editorajc.com.br/2012/01/2171/>

preocupa dada a completa ausência do rigoroso controle sanitário a que estão submetidos os produtos nacionais.

Ademais, nos parece importante pontuar que num país onde se procura estabelecer o vanguardismo na regulamentação e restrição aos cigarros através de políticas públicas voltadas para a redução de liberdade de consumo que não exista uma preocupação mais focada no crescimento vertiginoso do mercado ilegal nos últimos anos.

Ora, desta maneira deveria ser também o cerne das políticas públicas de saúde e redução ao consumo de produtos derivados de tabaco à proteção global a todos dos potenciais efeitos nocivos do cigarro. Especialmente daqueles produtos que não passam por nenhum controle fitossanitário, não possuindo controle das substâncias empregadas e expondo ainda mais a saúde daqueles mais vulneráveis, ou seja, aqueles que dispensam o cigarro legal de preço mínimo estabelecido por lei, hoje em R\$ 5,00, para consumir o cigarro paraguaio vendido na ilegalidade por R\$ 2,00.

Finaliza-se este capítulo com o destaque ao mercado ilícito de cigarros para demonstrar que políticas públicas voltadas a área da restrição ou banimento de bens de consumo são controversas e produzem em diversos setores efeitos opostos aos desejos de seus tecnocratas, assim perdem os Estados em arrecadação das empresas, afetando outros elementos como emprego e circulação de renda.

A importância da análise do desejo e do consumo sob uma perspectiva mais humana em políticas regulatórias restritivas será tratada mais adiante com alguns resultados da política australiana de embalagens genéricas. Contudo, podemos buscar outro exemplo na história para ilustrar o princípio que “a economia não pode frear o desejo humano”²².

Em breves linhas podemos recordar que a “Proibição” ou “*Prohibition*” foi uma política pública de proibição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos que produziu diversas consequências, aqui destacamos duas: 1) Os que detinham meios abasteceram-se das melhores bebidas no conforto de suas com festas secretas e; 2) A

²² Instituto Mises – A Ação Humana: Um tratado de Economia. Capítulo 1 – O agente homem.
<http://www.mises.org.br/EbookChapter.aspx?id=290>

demanda das demais camadas da sociedade gerou o “*moonshine*” ou a cachaça de contrabando fomentada por grupos e personalidades conhecidas até hoje do crime organizado como o célebre Al Capone, entre outros dos anos dourados da máfia.

Desta maneira, encerra-se este capítulo demonstrando parcialmente o cenário legislativo brasileiro no que tange as restrições regulatórias e mercadológicas as quais enfrenta hoje o mercado legal de cigarros.

4 A EXPERIÊNCIA AUSTRALIANA

Uma vez ultrapassados as normativas e disputas presentes na Organização Mundial do Comércio e ilustrado o arcabouço técnico-normativo das regulamentações aos produtos fumígenos no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária nesta seção concluir a problemática central deste artigo, qual seja, a avaliação das análises e estudos já produzidos sobre a medida regulatória australiana.

Nesse diapasão, essa sessão levantará um histórico da medida australiana e os principais estudos realizados, não somente sobre a incidência de consumo de tabaco, porém avaliações de outros aspectos relevantes da política pública como o impacto para o comércio de varejo (leia-se estabelecimentos autorizados a comercializar produtos fumígenos na Austrália) e, igualmente, indicadores de percepção dos consumidores sobre o produto após a implementação da medida.

Antes de adentrar nas pesquisas em cima, como faz-se necessária a demonstração das políticas de controle de tabaco australianas ao longo do tempo²³:

1973 – primeiras advertências sanitárias em todos os maços de cigarros na Austrália;
1976 - a proibição de toda a publicidade de cigarros no rádio e na televisão;
1986-2006 - proibição do consumo de tabaco nos locais de trabalho e locais públicos durante o decurso de 20 anos;
1990 - a proibição da propaganda de produtos do tabaco em jornais e revistas publicados na Austrália;
1992 - aumento do imposto especial de consumo de tabaco;
1993 - Lei da Proibição de Publicidade de tabaco - transmissão e publicação de anúncios de tabaco proibida;
1994-2003 - a proibição de fumar em restaurantes;
1995 - advertências de saúde em todos os estabelecimentos;
1998-2006 - a proibição de publicidade ao tabaco dentro do ponto-de-venda em toda a Austrália;
2006 – novas advertências gráficas impostas nas embalagens da maioria dos produtos do tabaco;
2010 - Aumento de 25% no imposto especial de consumo de tabaco;
2012 - introdução da embalagem genérica para produtos de tabaco;
2015 - alterações na indexação bianual do imposto de consumo de tabaco e um aumento adicional especial de consumo de 12,5% em 1 de Dezembro;
2014 – aumento de 12,5% sobre os produtos fumígenos.

²³Informações listadas pelo Departamento de Saúde australiano: <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-kff>

Segundo, o departamento de saúde australiano a implementação da embalagem genérica para produtos de tabaco tem por objetivo a redução da atratividade dos produtos de tabaco para todos os consumidores, em especial os menores, outro objetivo seria majorar a consciência sobre os malefícios do cigarro através de uma exibição maior das advertências obrigatórias, por fim entendeu-se necessária diminuição da exposição das marcas de cigarro e de sua capacidade de “enganar os consumidores”²⁴ sobre os malefícios do tabagismo.

Assim, em dezembro de 2012, após 6 meses de deliberações e trâmite legislativo interno, a Austrália implementou a primeira medida de padronização de embalagens genéricas no mundo, apesar da regulamentação ainda ser recente – dois anos e três meses de vigência – dada a controvérsia sobre a sua efetividade e o interesse de diversos outros países, já foram feitos alguns estudos sobre o tema.

Em abril de 2014 a consultoria KPMG lançou um dos primeiros estudos²⁵ sobre o mercado de cigarros na Austrália, entre as principais conclusões do estudo referenciado citam-se: o aumento do mercado ilícito de cigarros atingindo um número recorde de 13,3% (vide gráfico abaixo); a perda de arrecadação em tributos, dada a transferência do mercado legal para o mercado ilegal no montante de um bilhão de dólares Australianos em receitas fiscais e; a não diminuição do consumo de tabaco no mercado australiano.

Sobre o tema o especialista em contrabando da Scotland Yard Will O’Reilly aponta:

*“Since 2009 the levels of illegal tobacco products have slowly been rising in Australia. Since the introduction of standardised packaging for cigarettes in December 2012, however, the illicit trade has risen significantly. We have to acknowledge that there are two distinct markets for tobacco, the legal and the illegal. Bad regulation of the legal market benefits the illegal market and the figures shown in this KPMG report are alarming”.*²⁶

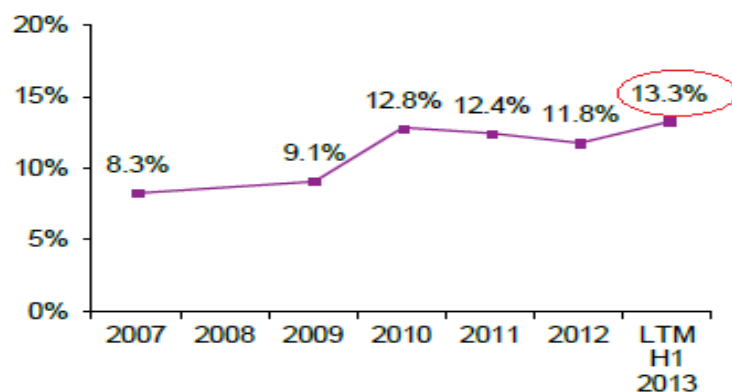
²⁴ <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-kff>

²⁵ http://www.pmi.com/eng/tobacco_regulation/illicit_trade/Documents/Illicit_Tobacco_in_Australia_2013_full_year_report.pdf

²⁶ Tradução Livre: "Desde 2009, os níveis de produtos ilegais de tabaco lentamente têm aumentado na Austrália. Desde a introdução da embalagem padronizada para cigarros, em dezembro de 2012, no entanto, o comércio ilegal tem aumentado significativamente. Temos de reconhecer que existem dois mercados distintos para o tabaco, o legal e o ilegal. Má regulação do mercado legal beneficia o

Gráfico KPMG:

Percentual de Consumo de tabaco ilícito sobre total consumo



Em síntese, o relatório pontua os seguintes fatores²⁷: i) o nível de consumo ilegal de tabaco atingiu níveis recordes, passando de 11,8% para 13,3% a partir de junho de 2012 a Junho de 2015; ii) o principal motor deste crescimento tem sido um grande aumento no consumo de cigarros ilegais, de marcas falsificadas, principalmente sob a forma de contrabando; iii) o aumento de 154% no mercado com novas marcas ilegais de cigarros e; iv) se todo esse consumo tivesse sido feito no mercado legal, o governo teria recolhido 1 bilhão em dólares australianos como receita tributária sobre consumo.

Uma vez pontuadas as conclusões acima cabe a ressalva que o sobredito estudo foi solicitado pelo grupo de empresarial de companhias de tabaco na Austrália, contudo, entendemos que toda a metodologia utilizada e outras referências encontram-se perfeitamente transparentes para a avaliação do público, avalizando, desta maneira, sua credibilidade.

Em 30 de setembro de 2015 o instituto de pesquisa sobre políticas públicas *Roy Morgan Research*²⁸ realizou um estudo sobre o impacto das embalagens

mercado ilegal e os valores apresentados neste relatório KPMG são alarmantes". <http://www.halogencom.com/kpmg-study-casts-doubt-on-success-of-plain-packaging-of-tobacco-products/>

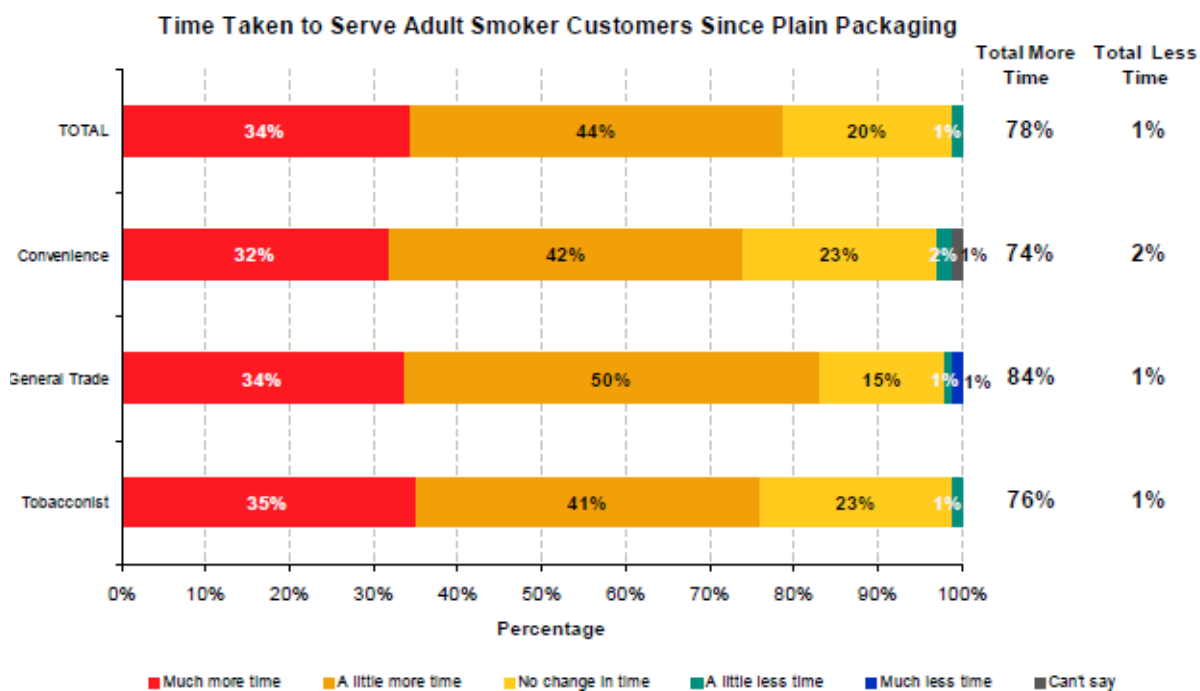
²⁷ <http://www.halogencom.com/kpmg-study-casts-doubt-on-success-of-plain-packaging-of-tobacco-products/>

²⁸ <http://www.roymorgan.com/products/major-studies/government-policy>

padronizadas em maços de cigarro nos pequenos varejistas australianos. Segundo a própria pesquisa o objetivo foi determinar o nível de impacto operacional da medida regulatória pelo comércio de pequenos varejistas de produtos de tabaco.

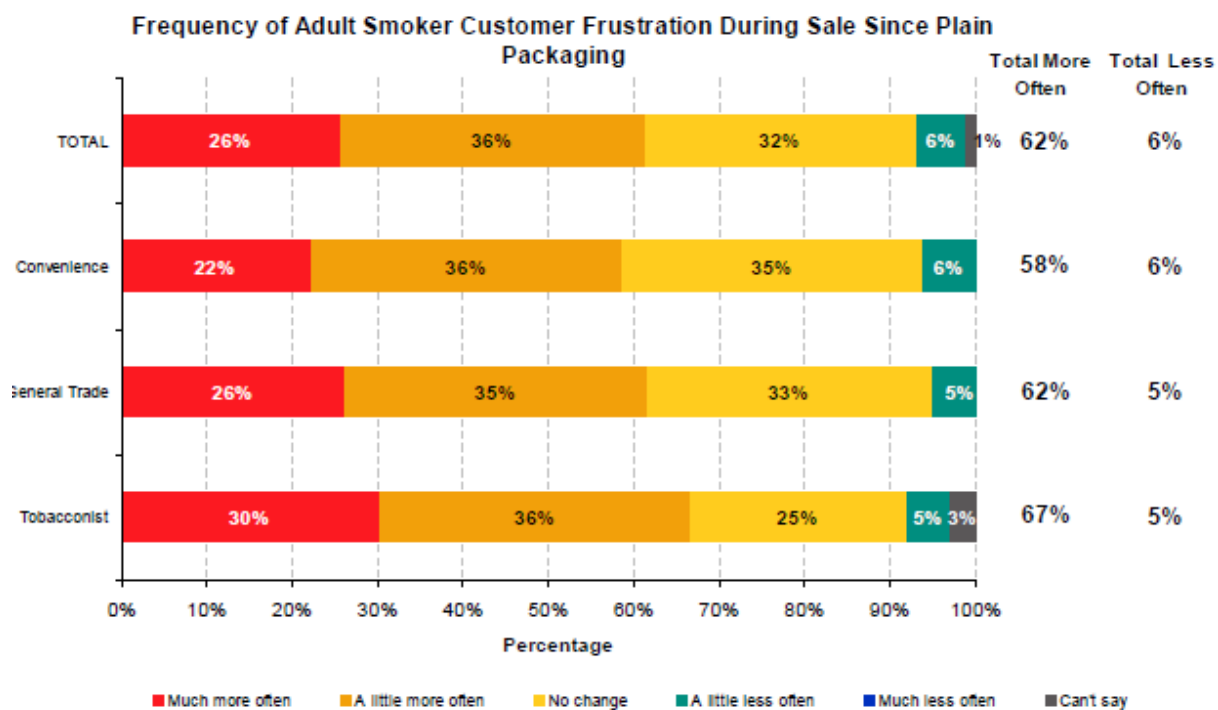
Dentre os resultados avaliados, destacam-se alguns pontos como a prestação de atendimento ao consumidor, a percepção do varejistas sobre o seu serviço e o impacto da política pública, a percepção do consumidor após a medida, entre outros demonstrados nos gráficos do estudo²⁹ abaixo:

- a) O tempo para atender consumidores subiu em 78% dos casos.

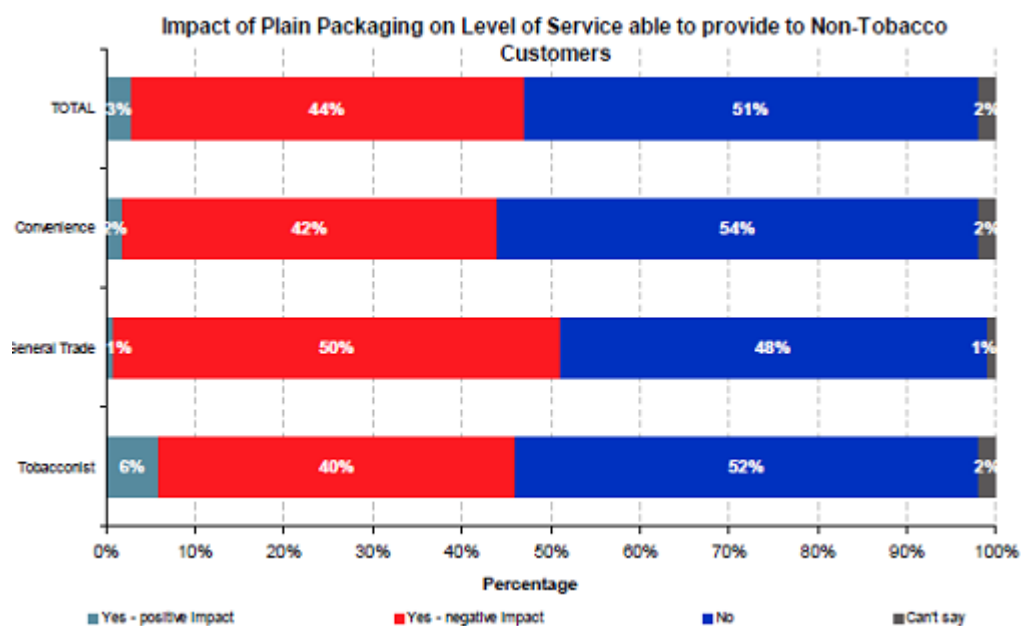


²⁹ Para acesso a todo o estudo realizado: <http://www.aacs.org.au/wp-content/uploads/2013/10/Impact-of-Plain-Packaging-on-Small-Retailers-W2-Final-Report.pdf>

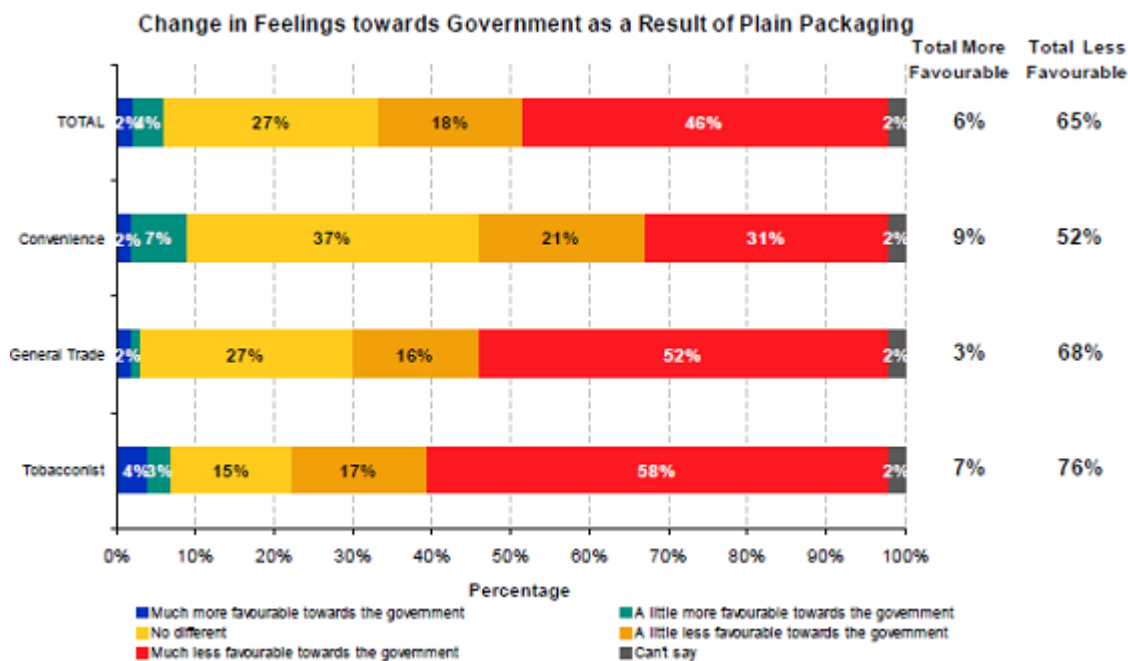
- b) O número de clientes frustrados com a demora no atendimento aumentou em 62% dos casos.



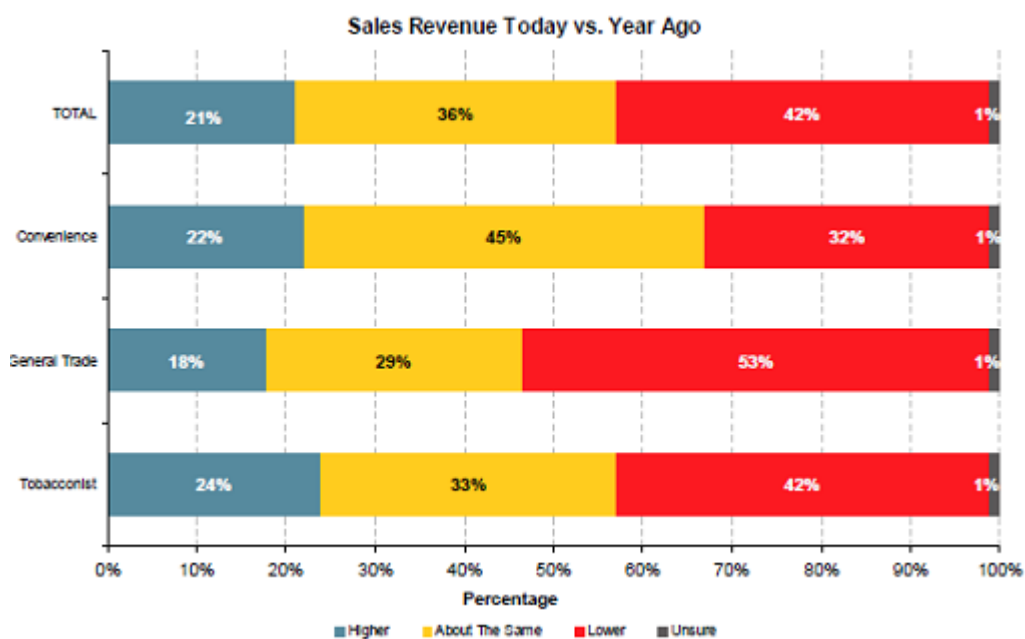
- c) 44% dos Varejistas de pequeno porte disseram que a Embalagem Genérica tem afetado negativamente o serviço que eles prestam a **não fumantes**.



- d) 65% dos Varejistas se sentem menos favoráveis ao Governo após a implementação da Embalagem Genérica.



- e) 42% dos Varejistas reportaram **uma redução na receita de vendas** no período pesquisado.



Outros fatores mencionados como consequências da medida foram³⁰: i) o aumento de tempo para estocar e conferir os produtos; ii) o aumento no número de produtos devolvidos por clientes em razão da dificuldade de se reconhecer as marcas; e 67% dos pequenos varejistas australianos acreditam que o governo não leva em consideração suas necessidades.

Nesse liame, estes dois primeiros estudos demonstram aspectos diferentes da experiência australiana, por uma lado o impacto do aumento do comércio ilegal e suas inferências consequenciais como perda de arrecadação e a ausência de fiscalização fitosanitária nos produtos contrabandeados, por outro a percepção negativa no comércio de varejo das dificuldades operacionais que a medida causou em seus negócios, interferindo, inclusive, em áreas diversas do comércio de tabaco em razão do maior tempo que se leva para atender ao consumidor e a reação negativa do consumidor sobre o mesmo.

Com os dados apontados até o momento e a dificuldade imposta pelas normativas dos Acordos Comerciais Internacionais citados na primeira parte do artigo é imperioso ressaltar em que momento uma política debatida e implementada em seis meses poderia ser ainda defendida com tanto ímpeto pelo governo australiano.

A resposta pode estar na tensão histórica entre o lobby antit-tabaco e a indústria tabagista. De fato a criação de embalagens padronizadas não reduz o consumo ela empurra o mercado consumidor para as marcas mais baratas ou para as ilegais, isso afeta diretamente o lucro das empresas tabageiras. O ponto argumentado é definir o que é importante como consecução de objetivo de uma política pública de saúde a redução do lucro e a migração do mercado de cigarro para a ilegalidade ou a redução do consumo de fumantes. Assim pontua o autor Christopher Snowdon:

“Making laws to outrage company executives as if that were an end in itself is the politics of the playground. It is also deeply counterproductive. Public health has nothing to gain from counterfeiting and brand-switching. After years of decline, Australian tobacco sales plateaued in the first year of plain packaging and there is evidence that underage smoking is on the rise. Has the anti-smoking lobby’s war with the tobacco

³⁰<http://www.aacs.org.au/wp-content/uploads/2013/10/Impact-of-Plain-Packaging-on-Small-Retailers-W2-Final-Report.pdf>

industry reached such hateful depths that it would prefer to see the cigarette market in the hands of organised criminals than have "Big Tobacco" make money and pay taxes? It seems it has".³¹

Reforça o entendimento acima o Estudo realizado pela Universidade de Zurique³² denominado “*The (Possible) Effect of Plain Packaging on the Smoking Prevalence of Minors in Australia: A Trend Analysis.*”

O estudo, que constrói uma linha do tempo antes e depois da medida regulatória australiana, se baseia nos dados da prevalência de fumantes antes e depois da introdução de embalagens genéricas em 2012. Segundo a pesquisas nenhuma das análises consegue avaliar ou demonstrar evidências que o efeito da padronização de embalagens de produtos fumígenos altera a prevalência de consumo entre menores de 14 a 17 anos (um dos objetivos da medida).

Assim pontua a conclusão do estudo:

“Altogether, we have applied quite liberal inference techniques, that is, our analysis, if anything, is slightly biased in favor of finding a statistically significant (negative) effect of plain packaging on smoking prevalence of Australians aged 14 to 17 years. Nevertheless, no such evidence has been discovered. More conservative statistical inference methods would only reinforce this conclusion”.³³

Por outro lado, o departamento de saúde do governo australiano ainda não produziu dados de pesquisa sobre os resultados provenientes da implementação da política

³¹ Tradução Livre: “Fazer leis para indignar os executivos de empresas, como se isso fosse um fim em si, é a política do parque infantil. É também profundamente contraproducente. A saúde pública não tem nada a ganhar com o contrabando e migração de marca. Depois de anos de declínio, as vendas de tabaco australiano estabilizou no primeiro ano de embalagem simples e há evidências de que o tabagismo entre menores de idade está em ascensão. A guerra entre o *lobby* antitabagismo com a indústria do tabaco atingiu tais profundidades de ódio que esse preferiria ver o mercado de cigarros nas mãos de criminosos organizados que a indústria ganhar dinheiro e pagar impostos? Parece que sim. SNOWDON, Christopher: *All the plain packaging lobby really wants is to hear tobacco companies squeal*. <http://www.telegraph.co.uk/news/health/news/11363024/All-the-plain-packaging-lobby-really-wants-is-to-hear-tobacco-companies-squeal.html>

³² <http://www.econ.uzh.ch/static/workingpapers.php?id=828>

³³ Tradução Livre: “Ao todo, temos aplicado técnicas bastante liberais de inferência, ou seja, a nossa análise, se alguma coisa, é um pouco tendencioso em favor de encontrar um efeito estatisticamente significativo (negativo) da embalagem genérica sobre a prevalência de fumar em australianos com idade entre 14 e 17 anos. Não obstante, nenhuma evidência foi descoberta. Métodos de inferência estatística mais conservadores apenas iriam reforçar esta conclusão”. ASHOK, *Kaul and WOLF, Michael*, Working paper series / Department of Economics No. 149 *The (Possible) Effect of Plain Packaging on the Smoking Prevalence of Minors in Australia: A Trend Analysis*. 2004. <http://www.econ.uzh.ch/static/workingpapers.php?id=828>

pública. As declarações provenientes sobre a debatidade medida regulatória podem ser encontradas na página oficial do programa e em linhas gerais atestam a afirmar que alguns dados ainda não estão disponíveis e que a redução do consumo de produtos fumígenos é resultante de todas as políticas antitabagistas implementadas ao longo de 40 anos pelo governo australiano. Sobre a origem da medida o governo australiano afirma que a medida “é baseada em uma ampla gama de estudos e relatórios, e apoiado pelos principais especialistas em saúde pública australianos e internacionais”.

No mesmo sentido, a mesma gama de estudos afirmaria que a marca e design das embalagens podem “induzir ao erro sobre os efeitos nocivos do produto, reduzindo a eficácia das advertências gráficas em produtos de tabaco, e aumentar o apelo de tabaco aos jovens”³⁴.

Nesse diapasão, entende-se questionável uma medida regulatória que aparentemente carece de pré-estudos regulatórios mais profundos e ao mesmo tempo, até o momento, não apresenta os resultados desejosos de seus idealizadores. Em que pese o objetivo desta seção seja somente apresentar os dados disponíveis sobre a política pública, não se pode deixar de veicular a percepção do próprio consumidor/público australiano sobre a medida.

O debate sobre os cigarros levou a um questionamento maior sobre a interferência do Estado em liberdades individuais, uma discussão sobre o “*nanny state*” ou “Estado Babá” em oposição àqueles que gostariam de manter suas liberdades de consumo ou que o Estado justifique mais suas posições regulatórias, especialmente no que tange à restrições ou proibições no consumo como alimentos, bebidas e tabaco.

O periódico *The Australian* tem consistentemente demonstrado este debate e em um artigo intitulado “*Claims plain packaging works go up in smoke*” demonstra o acalorado debate que esta medida gerou:

“The nannies are panicking. Why hasn’t the consumption of cigarettes collapsed after the introduction of mandatory plain packaging? How can

³⁴ Para mais informações em inglês:

<http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-kff>

we explain this one? Like kids who haven't done their homework, the excuses are coming thick and fast. [...] We never expected the consumption of cigarettes to fall immediately; The tobacco companies are making up the figures to suit their case; A closer examination of the figures points to a fall in tobacco consumption this year; Lower prices are driving up consumption; it has nothing to do with plain packaging.”³⁵

O encerramento desta seção com a exposição da tensão em que o debate chegou na Austrália é apenas uma demonstração que em se tratando de medidas regulatórias, especialmente aquelas voltadas para as restrições de consumo, os *policy makers* tem que tomar extremo cuidado para não ferir uma máxima sobredita no início deste artigo, a lei não freia o desejo humano.

Proibições e restrições agressivas tangenciam assuntos como oferta e demanda e os mercados paralelos ou clandestinos, a grande mensagem da experiência australiana parece ser que há limites mesmo para a consecução de objetivos aparentemente coletivamente nobres, e esse limite, é o livre arbítrio de indivíduos não se sentirem completamente subjugados por desejos desarrazoados de quem os governa.

³⁵ Para leitura do artigo completo: <http://www.theaustralian.com.au/opinion/columnists/claims-plain-packaging-works-go-up-in-smoke/story-fnbkvnk7-1226955234066> Acesso em 03 de Março de 2015

5 CONCLUSÃO

A implementação de embalagens genéricas para maços de cigarro é uma política regulatória questionada no âmbito Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio com 5 painéis e 38 partes interessadas. A controvérsia da medida, perpassa primeiramente a própria legalidade no âmbito dos tratados internacionais de comércio e sua viabilidade ante as necessidades determinadas nos Acordos TRIP, GATT e TBT.

A política pública de restringir a exposição de uma marca em um produto é notoriamente agressiva e preocupa não somente o setor industrial diretamente envolvido no caso, mas outros setores que porventura possam vir a ser os próximos a serem afetados por restrições à propriedade intelectual como alimentos e bebidas.

Destarte, a medida australiana interessar a diversas partes interessadas e suas consequências serem monitoradas ao redor do globo, inclusive pelo Brasil. O Brasil tem mostrado ao mundo grandes esforços nas ações ao controle de consumo do tabaco através de campanhas e ações educacionais que fazem hoje o índice de fumantes do país drasticamente reduzir para ao redor de 10% à 15 % da população.

Neste empenho o Brasil viabilizou a criação de um arcabouço legislativo de leis, decretos e portarias que restringem o consumo ou a comercialização de produtos derivados do tabaco. A participação ativa do país em fóruns internacionais é ponto de destaque em sua liderança regional e mundial no combate ao fumo e no exemplo a outros países da América do Sul.

Dado o interesse internacional na medida australiana – e, obviamente o brasileiro – entendeu-se aqui necessário demonstrar os riscos no que se refere a medida em âmbito internacional e também da ponderação sobre os resultados que foram expostos até o momento. O Brasil, tem a responsabilidade de avaliar a implementação de embalagens genéricas sob todos os ângulos: tanto como uma política pública de saúde à ser sim, levada em questão, como os impactos econômicos em ser um dos maiores produtores e o maior exportador de fumo do mundo, bem como do impacto econômico a ser produzido na região sul, principal produtora de fumo no país, o impacto econômico do ponto de vista dos consumidores

e das empresas e a possível migração de toda a arrecadação para o mercado ilegal liderado pelo crime organizado.

Mais do que estabelecer políticas públicas com objetivos politicamente corretos e nobres é preciso preocupa-se se de fato elas possuem fundamentos técnicos para justificar sua implementação com efetividade. Ao avaliar os efeitos da padronização de embalagens de produtos fumígenos na Austrália, até o momento, a medida parece carecer de provisão nos efeitos que se propôs a enfrentar, quais sejam: a redução de atratividade para menores, a redução de consumo do de cigarros, a proteção aos não fumantes, entre outros, estabelecidos pelo departamento de saúde australiano.

A questão então se refere a necessidade de implementar debatida medida regulatória, quais ganhos existem em se fazer essa medida no mundo hodierno, seria possível concluir que restrições agressivas e/ou proibições ao consumo encontram espaços em países cuja sociedade civil não tem claramente definido seu papel como questionado de medidas governamentais ou que os indivíduos não se sintam sobrepujados por excesso de medidas que lhes tolham da possibilidade de escolha? E mesmos que as sociedades assim sejam, seria legítimo construir políticas públicas com fins em si mesmas?

Ainda não há data definida para o julgamento dos painéis abertos contra a Austrália na Organização Mundial do Comércio, contudo nos parece temeroso que se avançasse com referida medida antes de um aprofundamento em suas consequências e do posicionamento do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

6 BIBLIOGRAFIA

<<http://www.mises.org.br/EbookChapter.aspx?id=290>> Acesso em: 30/10/2014

<<http://www.monitormercantil.com.br/index.php?pagina=Noticias&Noticia=148234>

> Acesso em: 30/10/2014

<<http://www.editorajc.com.br/2012/01/2171/>> Acesso em: 03/11/2014

<http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm3_e.htm#2> Acesso em:

05/11/2014

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_subjects_index_e.htm#selected_subject> Acesso em: 17/01/ 2015

<http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm2_e.htm> Acesso em:

17/01/2015

<http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf> Acesso em: 19/01/2015

<http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm> Acesso em:19/01/2015

<http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf> Acesso em: 19/01/2015

<http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm> Acesso em: 19/01/2015

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_subjects_index_e.htm#selected_subject> Acesso em: 17/01/2015

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds406_e.htm> Acesso em:
23/01/2015

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds227_e.htm> Acesso em:
23/01/2015

<<http://www.leiantifumo.sp.gov.br/usr/share/documents/legislacao.pdf>> Acesso em:
27/01/2015

<<http://www.theaustralian.com.au/opinion/columnists/claims-plain-packaging-works-go-up-in-smoke/story-fnbkvnk7-1226955234066>> Acesso em: 03/03/ 2015

<<http://www.leiantifumo.sp.gov.br/>> Acesso em: 27/01/2015

<<http://www.telegraph.co.uk/news/health/news/11363024/All-the-plain-packaging-lobby-really-wants-is-to-hear-tobacco-companies-squeal.html>> Acesso em: 02/11/2014

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Fcolunas%2Fgorgielow%2F2014%2F01%2F1400932-um-ministerio-de-chioros.shtml&ei=qqTzVJDgHqi1sASC9YCQAQ&usg=AFQjCNFmzfG0XiPCUxIj3_ymwvmt7JiIWA&sig2=xLXJ8afTsmOpshAb3ErR_A>

<<http://www.aacs.org.au/wp-content/uploads/2013/10/Impact-of-Plain-Packaging-on-Small-Retailers-W2-Final-Report.pdf>> Acesso em: 13/12/2014

<<http://www.who.int/fctc>> Acesso em: 12/01/2015

<<http://www.who.int/fctc/cop/en/>> Acesso em: 12/01/2015

<<http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-kff>>
Acesso em: 10/01/2014

<<http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-kff>>
Acesso em: 10/01/2015

<http://www.who.int/fctc/implementation/news/brazil_news/en/index.html> Acesso em: 12/01/2015

<<http://www.aacs.org.au/wp-content/uploads/2013/10/Impact-of-Plain-Packaging-on-Small-Retailers-W2-Final-Report.pdf>> Acesso em: 02/11/2014

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/DestinacaoMercadorias/ProgramaNacCombCigarroIllegal/EstabFabrOpBrasil.htm>> Acesso em: 10/02/2015

<http://global.tobaccofreekids.org/pt/about_us/bloomberg_initiative/> Acesso em: 19/02/2015

<<http://www.econ.uzh.ch/static/workingpapers.php?id=828>> Acesso em: 01/12/2014

<http://www.pmi.com/marketpages/pages/market_pt_br.aspx> Acesso em: 02/02/2015

<<http://www.halogencom.com/kpmg-study-casts-doubt-on-success-of-plain-packaging-of-tobacco-products/>> Acesso em: 03/11/2015

<<http://www.halogencom.com/kpmg-study-casts-doubt-on-success-of-plain-packaging-of-tobacco-products/>> Acesso em: 25/10/2015

<<http://www.roymorgan.com/products/major-studies/government-policy>> Acesso em: 10/01/2015

<<http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia>> Acesso em: 10/02/2015

<<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Derivados+do+Tabaco>> Acesso em: 10/02/2015

<<http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-kff>> Acesso em: 03/12/2015

<http://www.pmi.com/eng/tobacco_regulation/illicit_trade/Documents/Illicit_Tobacco_in_Australia_2013_full_year_report.pdf> Acesso em: 03/12/2015

<<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=16/03/2012&jornal=1&pagina=176&totalArquivos=280>> Acesso em: 10/02/2015

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm> Acesso em: 10/02/2015

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112546.htm> Acesso em: 10/02/2015

<<http://www.afubra.com.br/index.php/conteudo/show/id/56>> Acesso em: 02/02/2015

<<http://www.afubra.com.br/index.php/conteudo/show/id/93>> Acesso em: 02/02/2015

<<http://www.epagri.sc.gov.br/>> Acesso em: 02/02/2015

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=489609>> Acesso em: 10/02/2015

<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/conicq/comissao> Acesso em: 02/02/2015

MELLO, Celso D. Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Volume 1.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 452 p.

YOUNG, Rocha Chloe. "*Tobacco by Any Other name*": Embalagens Genéricas e uso da marca no âmbito do Acordo Trips. Pag 532.