V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

GUSTAVO ASSED FERREIRA

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

DAOIZ GERARDO URIARTE ARAÚJO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daoiz Gerardo Uriarte Araújo, Gustavo Assed Ferreira, Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-236-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Os trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos II versaram sobre distintos temas referentes ao tema. O debate sobre o tratamento dos direitos humanos sob a ótica do direito internacional demonstrou a premência de se retomar os esforços pelo avanço da legislação internacional. Salientou-se que os efeitos da crise internacional de 2008 mantiveram a pauta dos direitos humanos praticamente inerte nos últimos anos no âmbito das relações internacionais, o que gera consequências deletérias em muitas regiões do Mundo. O Grupo de Trabalho concluiu que a atual inércia precisa brevemente ser superada e que a Organização das Nações Unidas tem um importante papel a desempenhar neste sentido.

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira - USP

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

Prof. Dr. Daoiz Gerardo Uriarte Araújo - UDELAR

DIREITO HUMANO À SAÚDE E COMÉRCIO INTERNACIONAL: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O CONTROLE DO CIGARRO E DEMAIS DERIVADOS DO TABACO

HUMAN RIGHT TO HEALTH AND INTERNATIONAL TRADE : PUBLIC POLICIES FOR THE CONTROL OF CIGARETTE AND OTHER TOBACCO DERIVATIVES

Maria Cristina Gomes da Silva D'ornellas [1]

Resumo

A partir de revisão bibliográfica, análise de documentos e de legislação nacional e estrangeira, está entre os objetivos do estudo apresentar pontos relativos ao direito humano à saúde que marcaram a negociação da Convenção-Quadro sobre o Controle do Tabaco. A discussão será centrada na implementação de regulamentações que impõem a comercialização de cigarros em embalagens simples ou genéricas e, assim atingem o direito marcário. O Painel Australia – Plain Packaging Cigarettes estabelecido na OMC para questionar a lei australiana que determinou que os cigarros deveriam ser vendidos em embalagens livres de cores, imagens, logotipos corporativos – também será analisado.

Palavras-chave: Direito humano à saúde, Embalagem simples de cigarros, Convenção-quadro para o controle do tabaco, Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, Direito marcário

Abstract/Resumen/Résumé

From literature review , document analysis and domestic and foreign legislations, this study presents the relation of the human right to health and the negotiation of the Framework Convention on Tobacco Control . The discussion will focus on the implementation of regulations that impose the marketing of cigarettes in simple packaging and thus, seem to impair the trademarks protection . The Australia Panel - Plain Packaging Cigarettes established in the WTO, to question the Australian law which determined that cigarettes should be sold in plain packaging - color free , images, corporate logos , etc. - will also be examined.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human right to health, Plain packaging cigarettes, Framework convention on tobacco control, Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights, Trademark

[1] Bacharel em Direito pela UFSM, Doutora em Direito pela UFRGS. Professora do Mestrado em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate Universities, Porto Alegre, RS. maria_dornellas@uniritter.edu.br

Introdução

A obrigatoriedade de embalagens simples ou genéricas para cigarros e demais derivados de tabaco é o mais novo tipo de política pública estabelecida para o controle do consumo destes produtos. Baseada nas diretrizes previstas pela Convenção-Quadro sobre o Controle do Tabaco (CQCT) a Austrália foi o primeiro país a adotar medidas nesse sentido por meio do previsto no *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, em vigor desde 2012. Apesar da resistência da indústria tabagista, mais recentemente, no mês de maio de 2016, França, Reino Unido e Irlanda adotaram medidas antitabaco semelhantes. No caso desses países, tal decisão foi apoiada não somente no disposto pela CQCT, mas também no previsto pela *Tobacco Products Directive.* – adotada no âmbito da União Europeia em 3 de abril de 2014. Assim como já ocorreu na Austrália, muito em breve, também nesses países será proibida a comercialização de tabaco (sobretudo, cigarros) em embalagens que apresentem cores e logotipos corporativos associados a marcas. Na verdade, estas serão substituídas por novas embalagens de dimensões padronizadas cujo fundo terá uma única cor – marrom ou verde musgo - com imagens e advertências sobre os malefícios do tabaco para a saúde. Da antiga identidade visual permitida restará somente os nomes das marcas, porém sempre impressos numa mesma fonte, cor e tamanho.

Em âmbito interno, tais legislações já foram desafiadas – sem êxito – por grandes empresas ou conglomerados de produtores de tabaco. No caso da Austrália, coube à Corte Constitucional[1] deste país decidir favoravelmente a adoção de tal política pública, contrariando os interesses defendidos pela *British American Tobacco*, *Imperial Tobacco*, *Japan Tobacco* e *Philip Morris* na ação que estas propuseram. Decisão semelhante foi proferida pela Corte Suprema do Reino Unido[2]. Além disso, a própria Corte Europeia de Justiça[3] (CEJ) teve que se pronunciar sobre o tema, declarando ser legítima a opção dos 28 países da União Europeia em implementarem medidas relativas à adoção de embalagens simples ou genéricas para os produtos derivados do tabaco. A decisão da CEJ apontou entre os seus fundamentos o fato de tanto a UE como seus estados membros serem signatárias da CQCT e, assim, reconhecerem que o "a ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade e que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de

qualquer produto derivado do tabaco" e também que "os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência, que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e que a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças".(WHO, 2005) Desta forma, esta considerou que as regras referentes às embalagens de cigarros são "suscetíveis de proteger os consumidores contra os riscos associados ao consumo de tabaco e que não excedem o necessário para atingir os objetivos que se propõem".(ECJ, 2016)

Naturalmente, políticas públicas adotadas para o controle do tabagismo – tal como a que impõe as embalagens simples ou genéricas para os cigarros e demais derivados – também encontram pontos que as conectam a questões relativas ao comércio internacional. Desta forma, na esfera da Organização Mundial do Comércio (OMC) – paralelamente ao que ocorria nas situações referidas nos parágrafos acima – foi estabelecido pela Ucrânia (2012) o Painel intitulado *Ukraine vs Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging* (frequentemente referido como *Australia – Plain Packaging Cigarettes*), para questionar as medidas da Austrália aplicáveis aos produtos do tabaco. Posteriormente, outros países – Honduras, República Dominicana (2012), Cuba e Indonésia (2013) – , também apresentaram as suas queixas à legislação antitabaco adotada pela Austrália. As reivindicações apresentadas por estes países envolveram várias obrigações decorrentes de diferentes acordos da OMC[4]. Entretanto, este estudo estará restrito aos questionamentos relativos ao direito marcário previsto no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS).

Em maio de 2015, a Ucrânia (DS434) requereu a suspensão do Painel *Australia – Plain Packaging Cigarettes*), tal como o previsto pelo artigo 12.12 do Entendimento sobre as Regras e Procedimentos do Mecanismo de Solução de Controvérsias (DSU). A Austrália apoiou o pedido da Ucrânia, sobretudo, porque a suspensão foi requerida " com vista a encontrar uma solução mutuamente acordada". Entretanto, muitos dos pontos que foram levantados no referido Painel permaneceram nos painéis estabelecidos por Honduras (DS435), República Dominicana (DS441), Cuba (DS458) e Indonésia (DS467).

Embora a Austrália reitere que a implementação da sua legislação está totalmente inserida entre as ações previstas pela CQCT, os quatro países acima mencionados insistem que a *Tobacco Plain Packaging Act 2011* desatende aos compromissos assumidos no âmbito do sistema multilateral do comércio. Na mesma linha das demais demandas referidas, entre os principais pontos apresentados ao mecanismo de soluções de controvérsia da OMC estão os que questionam se a legislação australiana é excessivamente restritiva e/ou necessária para alcançar os objetivos que trata de buscar.

Outro relevante painel foi estabelecido no sistema multilateral do comércio - *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes* (normalmente referido como *Thailand – Cigarettes*) envolvendo o debate sobre saúde e o comércio de tabaco. No painel, os Estados Unidos apresentavam as suas queixas contra a imposição tailandesa de impostos e práticas de distribuição discriminatórias sobre o tabaco norte-americano. A Tailândia alegou que as suas restrições à importação faziam parte de uma política para controle do uso de tabaco. Entretanto, o argumento apresentado pela Tailândia não se sustentou, porque tais barreiras comerciais não conseguiram ser justificadas por razões de saúde, visto que a venda dos cigarros nacionais permanecia permitida. A Tailândia somente pode manter a medida relativa à proibição de publicidade, porque era aplicada a todos os produtos de tabaco – sem discriminação. Este caso, no entanto, foi trazido sob o sistema de solução de controvérsias do GATT, ainda antes deste ser revisto com a criação da OMC em 1995. De qualquer forma, este trouxe grande contribuição para o debate do tema, pois resultou no desenvolvimento do "*least trade-incosistent*" teste, determinando que as restrições tailandesas à importação de tabaco não poderiam ser entendidas como necessárias, pois outras medidas que não favorecessem a produção nacional poderiam ser utilizadas para proteger a saúde pública.

É fato que as restrições traduzidas através da impossibilidade da indústria tabagista continuar a utilizar as suas marcas dos produtos de tabaco tal como foram originalmente registradas, tornaram todas as embalagens de cigarros muito semelhantes. Isto diminuiu a capacidade distintiva destes produtos entre concorrentes. Porém, o que neste momento deve ser posto é: tal restrição ao direito marcário, ainda que questionado no âmbito do negociado pelo Acordo TRIPS foi implementada com base nos compromissos também assumidos diante do previsto pela CQCT. Desta forma, esta não encontraria a sua justificativa na proteção do direito humano à saúde?

Aliás, o direito à saúde é parte de importantes documentos internacionais há muito tempo e está previsto nos principais tratados internacionais de Direitos Humanos. Tanto a Declaração Universal do Direitos Humanos (DUDH) – artigo 25 – quanto o Pacto Internacional sobre o Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – artigo 12 - exige dos Estados reconhecer o direito de todos em dispor do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Além disso, é necessário ter presente que a adoção de uma norma internacional deve compreender expectativas de um comportamento padrão de atores internacionais chave, que incluem mas não estão, necessariamente, limitados aos Estados (FINNEMORE E SIKKINK ,1998 *apud* DROPE e LENCUCHA, 2014, p. 596).

Assim, a importância dos painéis estabelecidos para analisar a legislação australiana no sistema multilateral de comércio destaca-se, porque estes tratam de correlacionar os temas da saúde pública, comércio internacional e propriedade intelectual pela primeira vez, depois que o TRIPS passou a vigorar, em 1995 e que a CQCT, em 2005.

1. Contexto das negociações da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco

O tabagismo é apontado como a maior causa de mortes evitáveis no mundo, além de figurar entre as principais causas de mortalidade prematura. (CRISTINA, ALVES E PERELMAN, 2016) Trata-se de uma séria ameaça à saúde global, visto que o uso do tabaco mata 6 milhões de pessoas por ano (WHO, 2013) e, se os prognósticos apresentados em estudos se confirmarem, em 2030 serão 8 milhões de mortes por ano. (OMS, 2008) Ademais, gera um enorme prejuízo econômico – muitas vezes arcado com recursos públicos – traduzidos nas centenas de bilhões de dólares despendidos em tratamentos de saúde e/ou pela perda de produtividade dos acometidos por tal enfermidade[5].(WHO, 2008) Nesse sentido, Bates – a partir de uma análise apurada dos dados publicados pela indústria tabagista Philips Morris que buscavam comprovar que os fumantes mais contribuem com a economia de um país do que geram custos – demonstrou que, na verdade, as perdas de vidas e os custos econômicos causados pelo tabagismo são bem maiores que qualquer benefício que poderiam advir, por exemplo, com a receita gerada pelo recolhimento de impostos com a venda dos derivados do tabaco para o Estado ou com a satisfação do tabagismo para as pessoas.

Especificamente no que diz respeito aos malefícios gerados à saúde das pessoas

causados pelo cigarro e demais derivados do tabaco, há estudos ainda publicados na década de 1960 que comprovaram, por exemplo, a relação existente entre o hábito de fumar e o câncer de pulmão.(SURGEON'S GENERAL REPORT, 1964) Entretanto, associado ao uso do tabaco há muitas outras enfermidades além do câncer que abrangem, por exemplo, as associadas ao sistema respiratório, a problemas gastrointestinais e a cardiopatia isquêmica. (WHO, 2008, p.9)

Foi diante desta realidade que atribui ao fumo diferentes enfermidades, que a OMS tratou de dar início a diferentes atividades voltadas para a implementação de medidas especialmente delineadas para o controle do uso do tabaco. A entrada em vigor da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT) em 27 de fevereiro de 2005, foi a mais representativa de todas ações desta organização. Entretanto, o caminho por esta percorrido para tornar possível a negociação e a adoção da primeira convenção internacional estabelecida em seu âmbito teve o seu início na década de 1990. Impressionada pela posição defendida por Allyn L. Taylor, em um artigo publicado na *American Journal of Law and Medicine,* que afirmava que a OMS descuidava de sua autoridade constitucional ao não promover o desenvolvimento e a implementação de uma legislação internacional para o avanço global da saúde pública, a também acadêmica Ruth Roemer levou tal discussão para o âmbito da referida organização. Desta forma, apoiada nas ideias apresentadas por Taylor, em 1994 Roemer alcançou a aprovação da resolução em que pedia o desenvolvido um mecanismo de regulação internacional específico para o controle do tabaco, durante a 9ª Conferência Mundial sobre tabaco e Saúde. Assim, contando com o apoio do Canadá, Finlândia, México e Tanzânia a Resolução 48.11 foi adotada na Assembleia Mundial da Saúde (AMS). (HALABI, 2010, p.129)

Roemer e Taylor deram continuidade a sua iniciativa, em conformidade com a resolução adotada pela AMS. No ano de 1995, as acadêmicas apresentaram o documento que haviam desenvolvido com as opções para uma estratégia legal internacional para o controle do tabaco, buscando que esta culminasse com a implementação de uma "convenção-quadro" na OMS em que houvesse além da promoção de ações nacionais a cooperação global. Um breve relatório intitulado *"The Feasibility of an International Instrument for Tobacco Control"*, com um resumo das principais recomendações apresentadas pelas autoras, foi emitido pelo Diretor Geral da OMS em 1996. Neste mesmo ano, a AMS adotou a resolução 49.16 para o desenvolvimento de uma convenção-

quadro da OMS sobre o controle do tabaco. (HALABI, 2010, p.129) Em 1999, os Estados-Membros adoptaram a resolução AMS 52.18, que estabeleceu um Grupo de Trabalho para elaborar o texto da CQCT da OMS. As negociações da convenção iniciaram em outubro de 2000 e finalizaram em maio de 2003, quando a sua versão final foi aprovada pela AMS. (HALABI, 2010, p.130)

O processo de negociação que resultou na CQCT foi marcado pela oposição política de alguns Estados, muitas vezes pressionados pelos interesses defendidos por indústrias tabagistas. Não surpreende, por exemplo, imaginar que a indústria do tabaco tenha utilizado diferentes estratégias para postergar a adoção da CQCT, consoante com a postura já adotada no âmbito interno dos Estados ao interferir na regulamentação de medidas antitabaco. Collin, Lee e Bissell apresentam entre os exemplos marcantes em que empresas tabagistas exerceu um grande lobby para que legislações ou projetos de lei com medidas de combate ao fumo fossem alterados ou abandonados, o conteúdo presente no relatório das atividades realizadas pela Philips Morris durante o ano de 1986, tornado público em decorrência de uma demanda judicial nos Estados Unidos. Neste relatório, tal como transcrito pelos autores, ficou clara o esforço e a atuação do setor para interferir em políticas públicas delineadas pelos Estados:

> *A law prohibiting tobacco advertising was passed in Ecuador but, after a mobilization of journalists from throughout Latin America and numerous organizations, it was vetoed by the President. A similar bill was proposed in Peru, but was sent back for reconsideration... In Venezuela, we were successful in stopping a detrimental, self-regulating advertising code, and are now negotiating a new one. Our work in Senegal resulted in a new advertising decree which reverseda total advertising ban. (WHIST, 1986 apud COLLIN, LEE, BISSELL, 2002, P. 269)*

Entretanto, a presença do *lobby* do setor tabagista em diferentes esferas não foi capaz de inviabilizar a adoção CQCT, pois não há dúvidas sobre os enormes custos humanos e econômicos que o consumo do tabaco impõe às pessoas. O atual desafio contra a prevalência dos interesses comerciais das indústrias do setor em detrimento do direito humano á saúde está, então, em alcançar a contínua implementação pelos Estados das diretrizes delineadas pela CQCT.

A CQCT é composta por 38 artigos que descrevem a estrutura de regulamentação e os requisitos fundamentais em que os Estados devem estar baseados quando desenharem as suas próprias medidas para redução do consumo do tabaco, no intento de "proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco". (WHO, 2005)

Algumas das medidas que deverão ser adotadas pelos signatários da CQCT estão listadas no artigo 11 da Convenção – Embalagens e Rotulagens dos Produtos do Tabaco. Nas Diretrizes para a Implementação do artigo 11, há a recomendação para a adoção obrigatória de embalagens simples ou genéricas para a comercialização do cigarro e demais derivados do tabaco.

A implementação de tais políticas públicas nacionais está entre as mais desafiadoras da CQCT. Na verdade, depois de muitas outras medidas antitabaco já terem sido adotadas em diversos países – tais como as restrições que incluem a proibição de propagandas de cigarros na TV e nos demais veículos de comunicação em massa – tais como, revistas, jornais, outdoors e rádios – as embalagens dos maços de cigarros se tornaram o principal veículo de promoção para a indústria do tabaco. Não surpreende, então, a busca de outros foros – primordialmente voltados para a preservação de interesses comerciais – para dar a continuidade às discussões sobre o tema.

Foi justamente sob tal perspectiva, que a a legislação australiana – *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, que determinou que até 1º de julho de 2012 todos os cigarros deveriam ser vendidos em embalagens simples, livres de cores, imagens, logotipos corporativos, em suma, de partes relevantes da identidade visual de sua própria marca, passou a ser questionada no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

2. Acordo sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPS: proteção de marcas no Sistema Multilateral de Comércio

Paralelamente ao que ocorria no âmbito da OMS para o controle do tabaco, o sistema multilateral de comércio (SMC) levava adiante mais uma rodada de negociações comerciais. Iniciada em 1986 e finalizada em 1994, a Rodada Uruguai de negociações

multilaterais foi marcada pela substituição do GATT, pela OMC.

Assim, com o surgimento da OMC, em 1995, o sistema multilateral de comércio (SMC) expandiu o seu âmbito de regulamentação também para a área da propriedade intelectual. Houve, ainda, o fortalecimento do seu mecanismo de solução de controvérsias, que tratou de possibilitar a aplicação de sanções para os membros da organização que adotassem medidas entendidas como incompatíveis com o negociado multilateralmente.

Administrado pela OMC, o Acordo TRIPS abrange a principal estrutura normativa internacional voltada para o controle dos direitos de propriedade intelectual, impondo aos estados a obrigação de garantirem níveis mínimos de proteção para todos os tipos de propriedade intelectual, o que inclui as marcas. Antes do Acordo TRIPS, a situação que se apresentava relativa à proteção das marcas era a prevista pelo sistema internacional de propriedade intelectual proposto pelas normas provenientes da Convenção da União de Paris (CUP) de 1883 e nas suas revisões subsequentes. De qualquer forma, o previsto pela CUP incorporado ao Acordo TRIPS, por força do disposto no item I e II do seu artigo 2º. Cabe referir, no entanto, que a CUP não trouxe qualquer definição para o termo marca. Esta, apenas, determinou que cada um de seus países signatário poderia definir em suas legislações internas, quais as condições que deveriam ser observadas para que um sinal distintivo fosse registrado como marca. (CUP, art. 6(b))

Na doutrina, as marcas são, normalmente, classificadas quanto à sua apresentação em: nominativas, figurativas, mistas e tridimensionais. Há, no entanto, a possibilidade de imaginar a proteção de marcas que nem sempre são visualmente perceptíveis, por serem táteis, olfativas ou sonoras, por exemplo. As marcas nominativas são aquelas formadas por letras latinas e/ou algarismos arábicos ou romanos, cuja combinação pode formar uma ou mais palavras que já estejam ou não incluídas no vernáculo. (BARBOSA, 2008, p. 23) As figurativas são as compostas por desenhos ou combinações de figuras, símbolos gráficos, emblemas, ideogramas, etc. As marcas mistas apresentam a combinação de elementos de marcas nominativas e figurativas, podendo também, serem a escrita estilizada de uma determinada palavra ou palavras. (BARBOSA, 2008, p. 23) Por fim, as marcas tridimensionais são aquelas caracterizadas pela forma de um produto (ou sua embalagem) se capaz de distingui-lo de outros produtos semelhantes.

Alemanno e Bonadio salientam que as marcas possuem duas principais funções: a primeira delas se refere-se à indicação do origem do produto, ou seja, orienta o consumidor pois possibilita que este identifique a empresa da qual um produto é proveniente e, a segunda função diz respeito ao fato da apresentação de uma marca ser um "veículos de mensagens". Muitas vezes, o consumidor baseia a sua escolha em uma imagem de representação das marcas (logotipos, combinação de cores, etc.) e, desconsidera ou desconhece as características dos produtos em estas estão afixadas. (2011, pp. 456-457)

Ainda que a embalagem padronizada não atinja o uso da marca em sua versão nominativa, é claro que que a substituição das embalagens convencionais de cigarros pelas embalagens simples ou genéricas pode atacar as funções de uma marca. Porém, ainda assim, acredita-se que os interesses associados ao comércio e à saúde poderiam ter os seus argumentos alinhados.

3. Políticas Públicas para o Controle do Consumo do Tabaco: embalagens simples ou genéricas de cigarros e limitações impostas ao direito de marca

Frequentemente, indústria tabagista afirma que o interesse em manter o direito a ampla exploração de suas marcas nos maços de cigarros não está associado ao desejo de atrair novos fumantes, mas de manter a fidelidade daqueles que já são consumidores. (FREEMAN, CHAPMAN e RIMMER, 2008, p. 581) Representantes deste mesmo setor, porém, admitem que é muito difícil para uma pessoa distinguir uma marca de cigarros da outra quando submetidos ao "teste cego" (BAT, 1978), além de existirem estudos neste mesmo sentido, que apontam que 50% dos fumantes não consegue perceber qualquer distinção entre as marcas, quando não expostos aos sinais marcários que as apresentam. (GERMAIN, 2010, p. 385) Assim, não é difícil perceber que a embalagem dos maços de cigarros ainda é um elemento imprescindível para atrair potencias consumidores e/ou manter os já existentes. Na verdade, basta observar que no ano de 2015 o valor estimado da marca Marlboro era de US$ 21.9 bilhões (FORBES, 2015).

Quando há a implementação de uma política pública, tal como a da embalagem simples ou genérica de cigarros, a intenção é, justamente, inviabilizar que a indústria tabagista permaneça utilizando embalagens como veículos de propaganda de seus produtos. Isto seria uma forma de incentivar aos fumantes que deixem de fumar e desencorajar os jovens que iniciem a fumar.

Entre as pesquisas que indicam evidências sobre o fato das embalagens simples de cigarros reduzirem o apelo de fumar, a realizada por Moodie *et al* identifica aquelas que afirmam que cores e logotipos distraem os consumidores e, assim, a falta destes faz com que os fumantes prestem mais atenção às advertências de saúde presentes nos maços de cigarros. (2012, pp. 2-3) Nesta mesma linha, há outras constatações que são sobre as informações transmitidas através das imagens impressas nas embalagens dos produtos de tabaco. As pessoas tendem a imaginar que os cigarros de determinadas marcas comercializados em embalagens claras e/ou com detalhes em dourado, por exemplo, são mais suaves e/ou menos prejudiciais do que aqueles vendidos em pacotes vermelhos ou de cores mais escuras. Na verdade, cigarros vendidos em embalagens com cores escuras são, normalmente, percebidos como fortes e/ou mais nocivos à saúde. (MOODIE *et al*, 2012, pp. 58-70)

A preocupação sobre a influência da publicidade em embalagens de cigarros se agrava na adolescência, visto que este é o período da vida em que as pessoas passam por uma fase de grandes mudanças que, normalmente, incluem a suscetibilidade a comportamentos que buscam novas experiências, ainda que estas envolvam a exposição a algum tipo de risco. Não por acaso, há estudos que apontam "uma elevada prevalência de iniciação do consumo de tabaco em idades mais jovens". (CRISTINA, ALVES E PERELMAN, 2016, p. 74)

A relevância dos debates que abrangem a questão da adoção e implementação de legislações que tratam da obrigatoriedade de embalagens simples para cigarros e demais derivados de tabaco se ancora, sobretudo, nos seguintes pontos: a). o aumento da efetividade das advertências à saúde; b). a redução da percepção de que há cigarros que que são menos lesivos do que outros e; c). a redução do apelo publicitário das marcas, sobretudo entre jovens. (HAMMOND *et al,* 2009) Afinal, o que já parece certo é que a decisão de fumar e/ou se tornar um fumante pode ir muito além de um gesto de vontade. Caso contrário, não haveria como explicar a razão para uma parcela tão significativa da população mundial – já consciente dos malefícios do cigarro – escolher participar e se manter num grupo que adota a prática do consumo de um produto que, invariavelmente, provoca algum tipo de problema de saúde.

4. Legislação australiana *Tobacco Plain Packaging Act 2011* – embalagens

simples de cigarro sob a perspectiva do do TRIPS

A decisão da Austrália em levar adiante as medidas adotadas através do *Plain Packaging Act 2011* encontra respaldo nas recomendações descritas pela CQCT. Na verdade, a legislação que impõe a adoção de embalagens simples para cigarros está, sobretudo, baseada no previsto pelos artigos 11 e 13 do CQCT. Os objetivos expostos para a adoção de tal legislação incluem: a. desencorajar o início da prática de fumar e/ou da utilização de produtos derivados do tabaco, b. estimular os fumantes e/ou aqueles que já utilizam outros produtos derivados do tabaco, abandonem tal práticas, c. prevenir as recaídas daquelas pessoas que já pararam de fumar ou que deixaram de utilizar produtos derivados do tabaco e, d. reduzir a exposição das pessoas à fumaça do cigarro e demais produtos do tabaco. (AUSTRALIA, TPP ACT, 2011)

A adoção de medidas desenvolvidas para conter o apelo e as estratégias publicitárias adotadas pela indústria tabagista, podem ter o condão de reduzir a atratividade do cigarro (e do demais derivados do tabaco), sobretudo, para os consumidores jovens. Ademais, a substituição das embalagens poderia aumentar a clareza dos riscos que o consumo do cigarro traz para a saúde das pessoas e, assim, intensificar a eficácia das advertências de saúde obrigatórias e; minimizar as chances as chances embalagens de cigarros enganarem os consumidores sobre os efeitos nocivos do tabagismo ou o uso de produtos do tabaco. (AUSTRALIA, TPP ACT, 2011)

Para aqueles que são contra a adoção de tais medidas, porém, antes do previsto pela CQCT estão as provisões negociadas para o Acordo TRIPS, sobre a proteção do direito marcário. Portanto, não surpreende que entre os principais pontos discutidos sobre o caso, no âmbito do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, estejam os que questionam se as medidas antitabaco da Austrália são excessivamente restritivas e, se há, efetivamente, evidencias científicas que comprovem que a adoção de embalagens simples para cigarros contribui para a redução do consumo do tabaco.

O Acordo TRIPS em seu artigo 15.1 afirma que "[q]ualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Este mesmo artigo também refere que

tanto palavras (nomes, combinações de letras, etc.) quanto números, elementos figurativos ou, até mesmo, cores podem ser registradas como marcas.

Porém, o artigo 15.4 refere que "[a] natureza dos bens ou serviços para os quais se aplique uma marca não constituirá, em nenhum caso, obstáculo a seu registro." É, justamente este último artigo referido que Honduras, República Dominicana, Cuba e Indonésia afirmam estar sendo violado pela legislação antitabaco da Austrália. Conforme o que vem sendo afirmado por estes países, o entendimento australiano de que *o Plain Packaging Act 2011* não impossibilita o registro das marcas em decorrência da natureza dos bens ou serviços, mas restringe o seu uso, está incorreto. (Cf. DOMINICAN REPUBLIC, 2016, parag.8)

Além disso, há as reclamações apresentadas quanto à inobservância do previsto pelo artigo 16. 1 do TRIPS:

> O titular de marca registrada gozará de direito exclusivo de impedir que terceiros, sem seu consentimento, utilizem em operações comerciais sinais idênticos ou similares para bens ou serviços que sejam idênticos ou similares àqueles para os quais a marca está registrada, quando esse uso possa resultar em confusão. No caso de utilização de um sinal idêntico para bens e serviços idênticos presumir-se-á uma possibilidade de confusão. Os direitos descritos acima não prejudicarão quaisquer direitos prévios existentes, nem afetarão a possibilidade dos Membros reconhecerem direitos baseados no uso.

Sobre este artigo, contudo, é possível traçar o seguinte comentário: " o direito de marca não oferece aos seus titulares um direito positivo de, realmente, permitir a utilização da expressão protegida como marca, mas apenas a *ius excludendi alios*: i.e. o direito negativo de impedir que terceiros utilizem a expressão protegida em questão." (ALEMANNO e BONADIO, 2011, P. 462)

O artigo 20 do TRIPS prevê que:

> O uso comercial de uma marca não será injustificavelmente sobrecarregado com exigências especiais, tais como o uso com outra marca, o uso em uma forma especial ou o uso em

> detrimento de sua capacidade de distinguir os bens e serviços de uma empresa daqueles de outra empresa. Esta disposição não impedirá uma exigência de que uma marca que identifique a empresa produtora de bens e serviços seja usada juntamente, mas não vinculadamente, com a marca que distinga os bens e serviços específicos em questão daquela empresa.

Não surpreende que a interpretação da expressão "injustificavelmente sobrecarregado com exigências especiais" seja complexa e controversa. Quando Honduras, República Dominicana, Cuba e Indonésia alegam que o previsto no *Plain Packaging Act 2011* desatende o compromisso firmado pela Austrália diante do TRIPS, remete à constatação de que o objetivo deste artigo foi impedir que a imposição de "exigências especiais" pelos membros da OMC tornassem excessivamente difícil o uso de uma marca em seu curso comercial. (ALEMANNO e BONADIO, 2011, P. 463) No entanto, a possibilidade de compreender as regras sobre as embalagens simples de cigarros adotadas pela Austrália como "injustificavelmente sobrecarregado com exigências especiais" não é a única. Por um lado, se admite que a substituição das embalagens convencionais de cigarros pelas embalagens simples pode atacar a função da distintividade de uma marca. Embora o uso da marca em sua versão, puramente, nominativa não seja atingida pela medida australiana, a capacidade distintiva do nome das marcas de cigarros encontra uma relevante limitação quando confrontada com a proibição de ser combinada com qualquer representação gráfica que não uma fonte específica, que também obedece a um padrão de cor, tamanho e localização no maço de cigarros.

Entretanto, quanto estes tipos de argumentos são construídos para a interpretação do artigo 20 do TRIPS, parecem ignorar que este mesmo Acordo conta com flexibilidades para a implementação daquilo que prevê em seus dispositivos. O artigo 8.1 do TRIPS dispõe, expressamente, que "[o]s Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas [...]". Então, a legislação da Austrália poderá ser interpretada como "justificável" se considerado que ela foi adotada para reduzir a prática do tabagismo e, assim, proteger o direito humano à saúde de seus cidadãos. Ademais, tal como foi observado por Alemanno e Bonadio, muitas outras medidas que implementam restrições à publicidade de cigarros e demais derivados de tabaco foram adotadas por diferentes países –

naturalmente, dentro de suas políticas públicas voltadas para a proteção do direito à saúde – sem ensejar qualquer discussão sobre a sua compatibilidade com o previsto pelo Acordo TRIPS. (2011, p. 465)

Ainda na esfera das negociações levadas adiante na OMC, a própria Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública – Declaração de Doha (OMC, 2001), também deve ser considerada da interpretação do previsto no artigo 20 do Acordo TRIPS. Ocorre que a Declaração prevê que os estados membros da OMC reconhecem que ao aplicar as regras de interpretação costumeiras de direito público internacional, cada provisão do Acordo TRIPS deve ser lida à luz do objetivo e propósito do acordo como expressado, em particular, em seus objetivos e princípios contidos nos artigo 7 e 8. (OMC, 2001, parág. 5.1)

É claro que a possibilidade de tensão entre comércio e saúde pública existe. Porém, diante um número estimado de seis milhões de pessoas que morrem a cada ano em decorrência do cigarro e demais derivados do tabaco (WHO, 2011), não é possível priorizar a proteção da saúde em detrimento de questões comerciais? Esta será a questão respondida pela decisão do painel *Australia- Plain Packaging Cigarettes*. Provavelmente, tal decisão será levada ao Órgão de Apelação da OMC. De todo o caminho percorrido, o que se espera é que tais decisões garantam a justificativa necessária para a adoção pelos membros da OMC – partes contratantes tanto do TRIPS quanto da CQCT – de legislações semelhantes à adotada pela Austrália. Isto, seria um grande passo para garantir a proteção do direito humano à saúde das suas populações.

Conclusão

A CQCT foi negociada, depois que inúmeros estudos já haviam sido realizados e, assim, estava comprovada a ligação entre o uso do tabaco e o aparecimento de sérias enfermidades, tal como o câncer de pulmão. Apesar muitas diretrizes apresentadas pela CQCT tenham sido implementadas em diversos países, a que recomenda a comercialização de cigarros em embalagens simples ou genéricas está no centro dos debates, porque restringe a utilização de marcas pelo setor tabagista.

A legislação australiana *Plain Packaging Act 2011,* que tratou de impor uma série

de limitações à apresentação de marcas registradas nos maços de cigarros comercializados em seu país, foi implementada no contexto da CQCT. Contudo, ainda assim, o painel *Australia -Plain Packaging Cigarettes* foi estabelecido no âmbito da OMC, para questionar a decisão australiana em manter inalterada a sua política pública antitabaco.

Independentemente da iniciativa ucraniana de requerer a sua suspensão do painel que estabeleceu em 2012, a legislação antitabaco adotada pela Austrália será analisada no mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Afinal, os pontos sobre o direito marcário, inicialmente questionados pela Ucrânia, permaneceram nos painéis estabelecidos por Honduras, República Dominicana, Cuba e Indonésia. Nesse sentido, o desfecho do caso *Australia -Plain Packaging Cigarettes* é esperado para o ano de 2016.

Há a possibilidade da Austrália ter sucesso nos painéis estabelecidos para questionar a sua legislação de controle para o tabaco. Mesmo que o *Plain Packaging Act 2011* imponha restrições ao direito marcário do setor tabagista, este encontra a sua justificativa na proteção do direito humano à saúde - que poderá ter como base tanto a interpretação contextual do TRIPS à luz de seus objetivos e propósitos quanto as diretrizes estabelecidas para o controle no tabaco previstas na CQCT. Desta forma, países que assumiram compromissos em ambos âmbitos internacionais – comércio e saúde – poderão implementar políticas públicas que priorizem a proteção da saúde de suas populações em detrimento de interesses essencialmente comerciais, sem a preocupação de serem questionado diante do mecanismo de solução de controvérsias da OMC.

Referências

ALEMANNO, Alberto; BONADIO, Enrico. Do you mind my smoking? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agrement. vol. 10. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law.** 2011. p. 405-468.

AUSTRÁLIA. **Tobacco Plain Packaging Act 2011.** No. 148, 2011. An Act to discourage the use of tobacco products, and for related purposes. Disponível em https://www.legislation.gov.au/Details/C2011A00148 Acesso em 10 de março de 2016.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 177. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf. Acesso em 10 de março de 2016.

BARBOSA, Denis Borges, **Proteção das Marcas – Uma Perspectiva Semiológica**, Lumen Juris, 2008.

BRASIL, Lei n. 10.167 de 27 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10167.htm Acesso em 12 de abril de 2016.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial [Internet]. Brasília, DF; 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

BAT. British American Tobacco **The vanishing media. British American Tobacco**; 1978: 500062147/2159.

COLLIN, J., LEE, K., BISSELL, K. The framework convention on tobacco control: the politics of global health governance. **Third World Quartely.** vol. 23, n. 2, 2002, pp. 265-282.

CRISTINA, A, ALVES, Joana e PERELMAN, Julian. Desigualdades socioencómicas no tabagismo em jovens dos 15 aos 17 anos. **Revista Portuguesa de Saude Publica**, October 2015.

DROPE, Jefffrey e LENCUCHA, Raphael. Evolving Norms at the Intersection of Health and Trade. **Journal of Health Politica, Policy and Law Advance Publication,** 2014. pp. 591-631.

ECJ. European Court of Justice. Judgement of the Court. Reference for a preliminary ruling — Approximation of laws — Directive 2014/40/EU — Articles 7, 18 and 24(2) and (3) — Articles 8(3), 9(3), 10(1)(a), (c) and (g), 13 and 14 — Manufacture, presentation and sale of tobacco products — Validity — Legal basis — Article 114 TFEU — Principle of proportionality — Principle of subsidiarity — Fundamental rights of the European Union — Freedom of expression — Charter of Fundamental Rights of the European Union — Article 11. **Case C-147/14**. 4 may 2016 Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5b4ac128357df4fc8b24389847d7897f5.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTa350?text=&docid=177724&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=185180 Acesso em 20 de maio de 2016.

FINNEMORE, Martha e SIKKINK, Kathryn. 'International Norm Dynamics and Political Change. **International Organization**, vol. 52, no. 4, 1998, pp.887–917.
FORBES, **The World's most valuable Brands**. 2015. Disponível em http://www.forbes.com/companies/marlboro/ Acesso em 10 de maio de 2016.

FRANKEL, Susy; GERVAIS, Daniel. Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 46, n. 5, november 2013. p. 1201-1287.

FREEMAN, Becky et al., The Case for Plain Packaging of Tobacco Products, **Journal Society for the Study of Addiction**, v. 103, 2008. p. 576-597.

GERMAIN, Daniella et al., Adolescents' Perceptions of Cigarette Brand Image: Does Plain Packaging Make a Difference?, **Journal of Adolescent Health**, v. 46(4), 2010. p. 381-397.

HALABI, Sam Foster. The World Health Organization's Framework Convention On Tobacco Control: An Analysis of Guidelines Adopted by the Conference of the Parties. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, vol. 39, 2010. p. 121- 183.

HAMMOND D, PARKINSON C, The impact of cigarette package design on

perceptions of risk. **Journal of Public Health,** 2009. p. 345-353.

MITCHELL, Andrew D., Australia's move to the plain packaging of cigarettes and its WTO compatibility, vol 5, **Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy,** 2010. p. 402-437.

OCDE. FAO. **Perspectivas Agrícolas no Brasil: desafios da agricultura brasileira 2014-2015.** 2015. Disponível em https://www.fao.org.br/download/PA20142015CB.pdf Acesso em 12 de maio de 2016.

PORTAL DO TABACO. **Tabaco Brasileiro vai para 97 países.** 2016, Disponível em http://portaldotabaco.com.br/tabaco-brasileiro-vai-para-97-paises/ Acesso em 12 de maio de 2016.

UNITED STATES. Smoking and Health: Report of the Advisory Committee to the Surgeon General of the Public Health Service, **Public Health Service**. Publication, n. 1103., 1964. Disponível em: https://profiles.nlm.nih.gov/NN/B/B/M/Q/ Acesso em 12 de maio de 2016.

WHO, World Health Organization, **Framework Convention on Tobacco Control**, Disponível em: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee/Convenção-Quadro+para+o+Controle+do+Tabaco+em+português.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee Acesso em 12 de maio de 2016.

WHO, World Health Organization, Framework Convention on Tobacco Control, *Elaboration of Guidelines for Implementation of Article 11 of the Convention*, **FCTC/COP/3/7**, 21 August 2008. Disponível em <http://www.who.int/fctc/guidelines/article_11.pdf> Acesso em 17 fev 2016.

WHO. **History of the WHO Framework Convention on Tobacco Control** *2009.*Disponívelem<http://whqlibdoc.who.

int/publications/2009/9789241563925_eng.pdf>Acesso em 24 fev. 2016.

WTO. World Trade Organization. Dispute Settlement Body. Request for the Establishment of a Panel by Ukraine, Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, **WT/DS434/11**, 17 August 2012.

WTO. World Trade Organization. Ministerial Conference. Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health Adopted on 14 November 2001, **WT/MIN(01)/DEC/2**, 20 November 2001.

[1] http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2012/43.html

[2] https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/05/bat-v-doh.judgment.pdf

[3] http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5b4ac128357df4fc8b24389847d7897f5.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTa350?text=&docid=177724&pageIndex=0&doclang=en&mode =req&dir=&occ=first&part=1&cid=185180

[4] A possibilidade de violações a dispositivos do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio também foi referida nos painéis estabelecidos para questionar a legislação Australiana.

[5] Atualmente, o tabagismo é considerado uma doença crônica não-transmissível (DCNT), presente na 10ª versão do Código Internacional de Doenças – CID(10) da Organização Mundial da Saúde (OMS).