

Dilemas na implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco da Organização Mundial da Saúde

Dilemmas in the implementation of the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control

Dilemas en la implementación del Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud

Luciana Correia Borges ¹
Henrique Zeferino de Menezes ²
Ielbo Marcus Lobo de Souza ²

doi: 10.1590/0102-311X00136919

Resumo

O artigo analisa alguns dilemas relacionados à implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, destacando as dificuldades dos Estados participantes para adotar políticas públicas, com custo-benefício comprovado, que visam à redução da oferta e demanda do tabaco. Especificamente, o artigo examina a recomendação para a adoção de políticas de padronização das embalagens de cigarro, presente nas diretrizes para a implementação dos Artigos 11 e 13 da Convenção. Por meio da análise de casos, identificamos fatores políticos e jurídicos que dificultam a implementação da Convenção, incluindo a inibição regulatória produzida pela abertura de litígios por parte da indústria do tabaco, que utiliza-se das cláusulas de arbitragem investidor-Estado existentes em acordos bilaterais de investimentos. Conclui-se que, apesar dos custos impostos aos Estados e dos atrasos na adoção dessas políticas, no médio ou longo prazo, as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais e pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio podem consolidar o entendimento acerca da legalidade e efetividade de políticas que adotam o referido modelo.

Política Pública; Tabaco; Embalagem de Produtos Derivados do Tabaco; Cooperação Internacional

Correspondência

H. Z. Menezes
Universidade Federal da Paraíba.
Cidade Universitária s/n, João Pessoa, PB 58051-900, Brasil.
hzmenezes@ccsa.ufpb.br

¹ Secretaria de Estado da Educação e da Ciência e Tecnologia da Paraíba, João Pessoa, Brasil.

² Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Brasil.



Introdução

Ao longo dos últimos anos, as doenças não transmissíveis vêm ganhando cada vez mais relevância na Agenda de Saúde Global. Especificamente, as doenças associadas ao consumo do tabaco têm suscitado preocupações em razão da grande quantidade de vítimas produzidas e dos custos sociais associados. Os países em desenvolvimento sofrem de maneira mais pesada os efeitos negativos do consumo do tabaco, tendo em vista que são mercados ainda em expansão para esses produtos, com aumento da quantidade de fumantes, e têm sistemas de atenção à saúde e de seguridade social mais precários, o que potencializa os efeitos nocivos do consumo do produto.

A consolidação no âmbito científico e clínico da correlação entre o consumo de tabaco e um conjunto de enfermidades graves tem levado a importantes respostas para a redução da oferta e da demanda do produto, por meio de políticas públicas nacionais e internacionais. A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT) da Organização Mundial da Saúde (OMS) é a mais importante resposta global para a epidemia do tabaco, tendo sido, inclusive, referendada como instrumento essencial por meio da meta 3.a dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): “Fortalecer a implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco em todos os países, conforme apropriado”.

Um dos eixos fundamentais da CQCT consiste na implementação de políticas para a redução do apelo comercial dos produtos de tabaco, aumentando a eficiência das advertências dos males causados pelo seu consumo. Desde a sua aprovação, outros documentos legais produzidos têm enfatizado a necessidade de avançar com esse tipo de política. Entretanto, o que se percebe é certa dificuldade na implementação dos elementos-chave da Convenção, especialmente as políticas de Embalagem Padronizada ou Embalagem Simples (conhecidas internacionalmente como *plain packaging laws*). Inúmeros são os fatores que incidem sobre o processo de tomada de decisão e no desenho das políticas públicas relacionadas a essa matéria, impondo constrangimentos distintos aos Estados participantes para a sua efetiva implementação.

Neste artigo, buscamos demonstrar como fatores domésticos e externos têm contribuído para a limitação da capacidade de intervenção pública dos Estados nessa área de grande relevância para a saúde pública. No plano doméstico, a indústria do tabaco se utiliza de estratégias e campanhas para retardar ou obstar mudanças nas regras de controle e de combate ao consumo de tabaco. Na esfera externa, os litígios arbitrais movidos pelas empresas de tabaco, tendo como base acordos de proteção ao investimento estrangeiro, têm produzido atrasos, alterações ou cancelamentos na internalização de regulações antitabagismo em terceiros países – o que a literatura tem chamado de efeito inibidor, ou *chilling effect*. Apesar dos custos iniciais produzidos por esse tipo de litígio internacional, sustentamos neste artigo que, no médio ou longo prazo, as decisões proferidas pelas cortes arbitrais e pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) podem consolidar o entendimento acerca da legalidade e efetividade de políticas que adotam o modelo da Embalagem Padronizada.

Saúde global e a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco

Ao longo das últimas décadas, a Saúde Global se consolidou como um campo do conhecimento que compreende uma ampla agenda de pesquisa, mas também de desenho de estratégias e ações colaborativas voltadas aos problemas de saúde e seus determinantes sociais nacionais e internacionais. Para além das características tradicionais da saúde pública e da saúde internacional, especificamente das ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde humana além das fronteiras nacionais, a Saúde Global fundou-se em princípios éticos de justiça social, equidade e solidariedade, priorizando o acesso equitativo à saúde em todas as regiões do mundo.

Notadamente, a consolidação dessa concepção de Saúde Global aconteceu com base em múltiplos esforços da comunidade internacional para formular políticas, captar recursos e implantar mecanismos em resposta aos impactos da globalização sobre os determinantes sociais da saúde que, por sua vez, ultrapassam o controle individual dos países. Nesse sentido, a noção de Saúde Global, e suas práticas, parte de uma visão holística, multisetorial e multidisciplinar dos contextos regionais e locais

valendo-se do entendimento das forças políticas, econômicas, sociais e culturais que afetam a saúde humana de diferentes maneiras ^{1,2,3,4,5,6,7,8,9,10}.

Nessa linha, o estabelecimento de novos padrões de saúde resultantes do processo de globalização, particularmente a distribuição desigual das enfermidades entre a população mundial, fez emergir uma agenda de governança internacional voltada à promoção e melhoria da saúde de maneira mais equitativa e justa para todos os povos. Para tanto, além de enfatizar o fortalecimento dos sistemas de saúde e a coesão entre diferentes políticas públicas, como o comércio, o investimento estrangeiro e o desenvolvimento internacional, a agenda incorporou como objetivo principal o controle e a regulação dos males públicos globais ¹¹. Nessa categoria estão os fatores de risco ligados às doenças crônicas não transmissíveis, como aqueles relacionados a problemas cardíacos, respiratórios, de diabetes e câncer. De acordo com projeções da OMS, em 2030 essas doenças serão responsáveis por 75% das mortes no mundo.

Por conseguinte, os males advindos do consumo do tabaco ganharam evidência, na medida em que estudos têm comprovado que o fumo é um fator de risco para todos os problemas mencionados. Especificamente, o consumo de tabaco e suas externalidades estão relacionados a 16 tipos diferentes de câncer, sendo o principal fator de risco para o câncer de pulmão e diversas doenças respiratórias crônicas. Além disso, causam hipertensão e problemas cardíacos e são um fator de risco independente para diabetes do tipo 2. Tendo por base as tendências atuais, a OMS estima que o consumo do tabaco será responsável por 8 milhões de mortes anuais no ano de 2030, com 80% destas mortes concentradas em países em desenvolvimento.

Considerando o cenário de globalização da epidemia do tabaco e as informações disponíveis sobre os efeitos do seu consumo, um conjunto de respostas, em forma de políticas públicas, vem sendo apresentado para enfatizar a necessidade de controlar a demanda desta substância e alcançar resultados diretos sobre os níveis de saúde. No mesmo viés, importantes esforços internacionais vêm sendo realizados com o objetivo de regulamentar a oferta de produtos tabagistas. A adoção da CQCT, resultante de debates na 52ª Assembleia Mundial da Saúde em 2003, representou o mais importante esforço multilateral nesse sentido, uma vez que suas normas versam exatamente sobre o controle da oferta e da demanda dos produtos de tabaco. Para tanto, a Convenção dispõe sobre princípios gerais, obrigações, recomendações e medidas sobre a formulação de políticas públicas concernentes à produção, comercialização, promoção, propaganda, patrocínio e consumo desses produtos. Além disso, a CQCT consolida as bases para o planejamento de intervenções e a mobilização de recursos políticos e financeiros para facilitar sua completa implementação ^{12,13,14,15,16,17}.

A CQCT é o tratado multilateral mais aceito na história das Nações Unidas, com 181 países que ratificaram a Convenção e mais 7 países que assinaram, mas não ratificaram. É o primeiro instrumento normativo internacional em resposta às doenças crônicas não transmissíveis que tem efeito vinculante, ou seja, que estabelece um vínculo legal obrigatório para todas as Partes que o ratificam. No mesmo caminho, é o único tratado de saúde pública do mundo voltado para políticas de controle do tabaco ¹⁷.

Entretanto, mesmo diante da ampla ratificação, do caráter geral vinculante e da especificidade e significância da sua pauta, o grande desafio da OMS e dos Estados participantes que conformam a Conferência das Partes (CP) da CQCT é garantir a efetiva aplicação de seus dispositivos. Nessa linha, faz-se necessário jogar luz sobre três dos componentes basilares da Convenção, uma vez que a maioria dos Estados participantes da CQCT enfrenta dificuldades para internalizar suas diretrizes de acordo com as recomendações mais abrangentes: a ferramenta apresentada no formato do acróstico inglês *MPOWER*; os instrumentos complementares intitulados Diretrizes para Implementação; e o dispositivo nomeado Embalagem Padronizada.

O acróstico *MPOWER* sumariza a estratégia e o plano de ação para implementar a CQCT e alcançar seu objeto e propósito. A base desse pacote de medidas consiste na aplicação de um conjunto de políticas e intervenções públicas, com custo-benefício comprovado, para o controle do tabaco. Os elementos que compõem essa ferramenta estão nas Partes III e IV da CQCT – seções específicas voltadas à diminuição da demanda e da oferta de produtos tabagistas. Cada letra do acróstico reproduz e sintetiza uma política presente no texto da Convenção, oferecendo os instrumentos necessários para cumprir com o seu propósito maior de diminuir a oferta e demanda do tabaco ^{14,16,17,18,19}:

M (*monitor*): monitorar o uso de tabaco e políticas de prevenção;

P (*protect*): proteger a população contra a fumaça do tabaco;

O (*offer*): oferecer ajuda para cessação do fumo;

W (*warn*): alertar sobre os perigos do tabaco;

E (*enforce*): fazer cumprir as proibições sobre publicidade, promoção e patrocínio; e

R (*raise*): aumentar os impostos sobre o tabaco.

Estudos registram certo progresso na diminuição da prevalência do tabagismo, o que estaria relacionado ao fato de que quase dois terços dos Estados participantes da CQCT já internalizaram pelo menos uma das medidas recomendadas pela ferramenta *MPOWER* ^{13,20,21}. No entanto, a maioria desses Estados, especialmente os em desenvolvimento, não implementou as medidas da ferramenta em seu nível mais abrangente, optando por adotar as recomendações de acordo com o mínimo exigido. Essa limitação é mais latente quando se trata das medidas de alertar e fazer cumprir o *MPOWER*, majoritariamente dispostas nos Artigos 11 e 13 da Convenção. Esses artigos dispõem sobre a adoção de medidas para regulamentar a embalagem e rotulagem de produtos tabagistas, assim como a publicidade, promoção e patrocínio destes produtos. Essas medidas têm o objetivo de reduzir a atração que esses produtos causam nos consumidores, aumentar a eficiência das advertências dos males causados pelo consumo do tabaco e assegurar que os consumidores não sejam enganados quanto aos efeitos nocivos do tabaco ^{12,16,22}.

Mais especificamente, o Artigo 11 recomenda a utilização de pictogramas de advertência sobre os malefícios produzidos pelo consumo do tabaco em 50% ou mais na principal superfície exposta, exigindo, porém, um mínimo de 30% de cobertura. Aqui, as Partes têm autonomia para decidirem por implantar a exigência mínima ou internalizar a recomendação no modo mais abrangente. Ainda sobre embalagem e rotulagem, mas indo além do caráter de advertência, não há regulamentação específica no Artigo sobre padronização na utilização dos logos, marcas, suas cores e variações do produto. As recomendações nesse sentido são genéricas, direcionadas somente à proibição da utilização de artifícios que promovam os produtos tabagistas e, de alguma maneira, usem de meios falsos e enganosos para desvirtuar os males causados pelo tabaco ^{12,16,17}.

O Artigo 13 apresenta uma abordagem ligeiramente distinta: prescreve a proibição total no que tange à publicidade, promoção e patrocínio do tabaco, apenas admitindo medidas de menor alcance em razão de restrições impostas pela *Constituição* ou princípios constitucionais. Note que a exceção aberta por esse dispositivo constitui, em si mesma, uma ressalva à regra geral do direito dos tratados, segundo a qual uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Nesse caso, a própria CQCT permite que a obrigação por ela instituída no Artigo 13 seja excepcionada por disposições do direito interno da parte, embora exija-se que elas devam ter a hierarquia constitucional e que não impeçam de todo medidas restritivas à publicidade, promoção e patrocínio do tabaco.

Na mesma linha do Artigo 11, as diretivas do Artigo 13 aparecem de forma genérica, com o objetivo de coibir a promoção de produtos tabagistas e artifícios que minimizem a percepção, por parte dos consumidores, dos males advindos do tabaco. Por fim, do mesmo modo, o Artigo 13 não apresenta recomendações específicas acerca da padronização das embalagens, sobre a disposição das marcas, logos, cores e variações do produto ^{16,17,22}.

Apesar da relevância das medidas contidas nos artigos da CQCT relacionadas às advertências de saúde, estudos mais recentes demonstram que a implementação de uma política de padronização das embalagens e rotulagens do tabaco é fator-chave no combate ao tabagismo, uma vez que atesta grande potencial para reduzir falsas crenças sobre a nocividade de diferentes marcas de cigarros ^{23,24,25,26}. Isso posto, firmou-se a necessidade da formulação de instrumentos adicionais para auxiliarem na implementação plena das disposições dos Artigos 11 e 13, além da consolidação de um dispositivo específico para regulamentar a padronização das embalagens e rotulagens dos produtos tabagistas de acordo com as descobertas dos mencionados estudos ²⁷.

As Diretrizes para a implementação dos Artigos 11 e 13 da CQCT, instrumento complementar da Convenção adotado em 2008 ²⁸, são fruto de um complexo processo consultivo e intergovernamental estabelecido pela CP, sendo reconhecidas como cruciais para o processo de implementação da Convenção. Elas dispõem sobre medidas mais abrangentes no que toca as advertências de saúde, recomendando que os pictogramas cubram mais de 50% das embalagens. Além disso, apresentam orientações

específicas sobre todo o conteúdo que deve estar contido nas embalagens e rotulagens de produtos tabagistas, apresentando recomendações sobre cada elemento que compõe o design dos produtos. As Diretrizes também complementam as recomendações da CQCT com medidas menos genéricas no tocante às proibições ou restrições de propaganda, promoção e patrocínio de produtos tabagistas. Todo o conteúdo parte das Diretrizes é fundamentado em estudos que comprovam o custo-benefício de cada uma das recomendações²⁷.

Em consonância com as descobertas dos estudos e visando à implementação de políticas e intervenções mais assertivas, as Diretrizes foram além do que estava exposto no texto da Convenção e estabeleceram um novo parâmetro recomendatório de embalagem e rotulagem, intitulado Embalagem Padronizada²⁷. Destarte, a partir da incorporação das Diretrizes à CQCT, a Embalagem Padronizada passou a figurar como o modelo mais avançado de padronização das embalagens de produtos de tabaco. Esse dispositivo é o terceiro e último componente a ser detalhado.

Especificamente, a Embalagem Padronizada, presente nas Diretrizes para a implementação do Artigo 11, versa sobre medidas regulatórias para proibir ou restringir a utilização de logotipos, cores, imagens de marca ou qualquer aparato promocional nos produtos tabagistas, estabelecendo também um parâmetro para a disposição dos nomes e variações de marcas a serem exibidos em uma cor e estilo de fonte padrão. Já no escopo das Diretrizes para a implementação do Artigo 13 da CQCT, o dispositivo da Embalagem Padronizada indica que a padronização deve ser em preto e branco, ou duas outras cores contrastantes, conforme prescrito pelas autoridades nacionais. Para além disso, dispõe que as embalagens e rotulagens não devem conter nada além de um nome de marca, nome de produto e/ou nome do fabricante, detalhes de contato e a quantidade de produto na embalagem. Ou seja, de acordo com esse dispositivo, logotipos ou outras imagens de marca são proibidos. O estilo e tamanho de fonte são preestabelecidos, como também a forma, o tamanho e os materiais permitidos. Por fim, não deve haver publicidade, promoção ou patrocínio dentro ou anexada à embalagem ou a cigarros individuais, ou outros produtos de tabaco²⁷.

Tendo por base os termos em que o dispositivo de Embalagem Padronizada foi abordado nas referidas Diretrizes, todas as medidas foram formuladas visando a alcançar três principais objetivos. O primeiro deles é a redução da atratividade dos produtos de tabaco. O segundo objetivo é a busca pela eliminação dos efeitos das embalagens de tabaco como forma de publicidade e promoção. Por fim, de grande importância para o controle do tabagismo, objetiva-se aumentar a noticiabilidade e eficácia das advertências de saúde^{12,16,27}.

A adoção de novas legislações nacionais de padronização das embalagens e rotulagens de produtos tabagistas, nos moldes da Embalagem Padronizada, tem contribuído para a consecução desses objetivos. O governo australiano foi o primeiro a incorporar essa padronização, aprovando a Lei da Embalagem Padronizada em 2011 (*Lei nº 148, 2011*). Em seguida, outros países desenvolvidos, como o Reino Unido, a França e a Noruega, implementaram políticas similares. O Uruguai também registrou avanços em relação à padronização, mas não internalizou todas as medidas indicadas pelo dispositivo.

No entanto, o grau de adesão por parte dos países desenvolvidos ainda é baixo e, o mais grave, nenhum país em desenvolvimento internalizou o padrão da Embalagem Padronizada na sua integralidade. Assim sendo, a maioria dos Estados participantes segue respeitando apenas o mínimo exigido pela CQCT, sem aderir ao dispositivo e às demais recomendações presentes nas Diretrizes, na sua forma mais abrangente^{12,29,30}.

Embora a CQCT seja um tratado internacional que obriga as partes, algumas de suas disposições foram escritas numa linguagem claramente recomendatória, o que confere certa discricionariedade na sua implementação. Os instrumentos acessórios, como as Diretrizes, padecem de limitação jurídica ainda maior: não integram um protocolo adicional à Convenção, sendo destituídas da força vinculativa de um tratado internacional. Embora boa parte do seu conteúdo possa ser mais acertadamente caracterizado como recomendações adotadas pela CP a respeito de um nível mais amplo de implementação dos artigos convencionais referidos, deve-se reconhecer a possibilidade de que as Diretrizes contenham também, ao menos em parte, uma interpretação autorizada a respeito dos dispositivos da CQCT.

Como, porém, tanto a CQCT como as Diretrizes foram endossadas pelos Estados participantes da Convenção, o que indicaria seu apoio às políticas promovidas pelas normas e Diretrizes, como explicar o baixo nível de internalização da Embalagem Padronizada por estes mesmos países? As difi-

culdades vivenciadas pelos governos para a implementação dessas medidas derivam de um conjunto de ações e estratégias usadas pela indústria do tabaco em âmbito nacional e internacional.

Com base no exposto, a próxima seção busca analisar os dilemas que os Estados participantes vêm enfrentando quando da implementação das medidas de padronização sobre os termos da Embalagem Padronizada, com vistas a jogar luz sobre o problema e abrir caminho para avanços no que tange à internalização plena e efetiva das Diretrizes para a implementação dos Artigos 11 e 13.

Dilemas na implementação do modelo de embalagem padronizada

A CQCT representa um avanço político e institucional considerável para a Saúde Global, ao formalizar um acervo normativo internacional para o controle do consumo de tabaco. No entanto, ao analisarmos a adoção da política da Embalagem Padronizada, como defendido pela OMS, a implementação ocorre apenas em alguns países desenvolvidos. O que explicaria o profundo hiato entre o número de ratificações e o nível de implementação dos dispositivos mais abrangentes da Convenção? Considerando que os Estados participantes, na medida em que ratificam uma convenção internacional tal qual a CQCT, consentem em obrigar-se pelo seu conteúdo e comprometem-se a promover seu objeto e propósito, não deveria haver razões – além de incapacidade técnica e legislativa – para não aderirem às suas disposições.

Alguns estudos têm se dedicado a identificar e entender as dificuldades na implementação da CQCT. Uma das razões primárias para a baixa implementação da CQCT reside na economia. Não seria necessário dizer que a indústria tabagista opera na mesma lógica de outros setores, buscando a maximização do lucro – o que demanda, necessariamente, o aumento do consumo de produtos derivados do tabaco. No plano governamental, para alguns países, há um nível de dependência muito elevado em relação à indústria do tabaco, em termos de geração de impostos, criação de empregos e atração de investimentos diretos. De acordo com dados da Associação dos Fumicultores do Brasil (AFUBRA), o Brasil é o segundo maior produtor de tabaco cru e processado do mundo, atrás apenas da China. O volume exportado por esses países é também considerável. Como exposto por Souza³¹, não haveria uma expectativa de curto prazo na redução significativa da demanda internacional pelo produto, assim como queda no seu preço. Concretamente, esses países enfrentam desafios objetivos para a implementação de compromissos internacionais que incidem diretamente sobre um setor produtivo que tem peso considerável nas economias locais.

Nesse contexto, o *lobby* da indústria tabagista surge como uma barreira significativa contra mudanças legislativas profundas que afetem expressivamente o consumo do produto, como é o caso da Embalagem Padronizada. As empresas do tabaco atuam não apenas diretamente no *lobby* junto aos tomadores de decisão, mas também na construção de redes de apoio e grupos de pressão que buscam retardar ou impedir mudanças nas regras de controle e de combate ao consumo de tabaco. A eficácia dessa estratégia é reconhecida por todos, a ponto de a CP incluir, na *Declaração de Deli*, um parágrafo que reitera a necessidade de “fazer frente a quaisquer esforços da indústria e outros atores não-estatais, que trabalham para promover os interesses da indústria tabagista com o fim de subverter e minar as políticas governamentais de controle sobre o tabaco”³².

Dentre as ações adotadas pela indústria do tabaco, as campanhas públicas têm desempenhado um papel importante para se contrapor à Embalagem Padronizada, como mostra o estudo de MacKenzie et al.³³. Essas campanhas usualmente destacam elementos comuns, tais como: os riscos do comércio de produtos ilegais, que produziriam problemas de saúde mais dramáticos e evasão de recursos orçamentários; a crítica ao que chamam de “Estado-babá”, que se propõe a tomar decisões sobre a vida e liberdade dos indivíduos; e a falta de evidências científicas a respeito dos efeitos das embalagens padronizadas, que teriam, na realidade, uma visão enviesada da relação produção/consumo de tabaco³³. Uma das estratégias centrais da indústria de tabaco, nessas campanhas, é a utilização de dados econômicos deliberadamente equivocados e argumentos político-sociais distorcidos para arremeter apoio público³⁴.

Além da narrativa publicitária, a indústria de tabaco utiliza outros meios para construir redes de apoio e defesa de sua agenda política e econômica. Usam, por exemplo, grupos e entidades não diretamente ligados à produção para, nas palavras de Gilmore et al.³⁴, tornar mais palatáveis as justificativas

que levam ao aumento do consumo de tabaco. Finalmente, práticas de responsabilidade social e outros meios de captação de interesses são usados como meio de angariar apoio, conforme destacado em relatório do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) de 2017³⁵.

Além dos condicionantes domésticos analisados anteriormente, argumentamos que alguns fatores externos aos interesses governamentais explicariam a dificuldade dos Estados participantes de implementar os dispositivos mais relevantes da CQCT. Especificamente, analisamos os reflexos políticos e institucionais da proliferação de acordos internacionais de proteção ao investimento estrangeiro e a utilização, pelas empresas, do recurso da arbitragem investidor-Estado para a solução de litígios comerciais. Os riscos e os custos de litígios por meio da arbitragem funcionariam como uma ameaça e um limitador, especialmente sobre os países de menor renda, para a implementação de políticas públicas voltadas ao controle ao tabaco. A literatura especializada tem denominado esse efeito de inibição regulatória (*regulatory chill*). A seguir, apresentamos os elementos centrais dessa discussão, os casos emblemáticos de arbitragem investidor-Estado envolvendo a implementação de políticas de padronização de embalagens, e os efeitos regulatórios da permanência desse risco regulatório nos acordos preferenciais de investimentos.

Investimento estrangeiro e inibição regulatória

A lenta adesão ao padrão Embalagem Padronizada por parte dos países desenvolvidos e a absoluta falta de internalização de políticas nestes moldes por países em desenvolvimento podem ser também explicadas por pressões econômicas e regulatórias externas. O cerne da questão estaria no fato de que a justificativa de implementação de políticas de saúde com base na autoridade soberana nacional permite brechas para que a indústria tabagista ameace os Estados pela suposta violação de direitos de marcas e da expectativa de lucro dos investimentos realizados. A pressão da indústria tabagista contra as medidas da CQCT seria exercida na esfera internacional por meio especialmente do aparato normativo dos Acordos Bilaterais de Investimento (ABIs) e da abertura de painéis no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

No âmbito da OMC, a indústria tabagista tem se beneficiado das ações de países nos quais opera, ao acionarem o sistema de solução de controvérsias contra aqueles Estados que se dispuseram a adotar medidas mais abrangentes de combate ao tabaco. Um estudo dos casos envolvendo a implementação da CQCT revela que os países demandantes embasaram sua reclamação numa alegada infringência de normas do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) e do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. Quando, por exemplo, a Austrália adotou integralmente as Diretrizes sobre a Embalagem Padronizada, Honduras, República Dominicana, Indonésia, Cuba e Ucrânia instituíram um procedimento reclamatório contra o país (ver os processos DS434, DS435, DS441, DS458, DS467 em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm). É interessante notar que esses casos atraíram considerável atenção: 36 membros da OMC participam dos processos como terceiros intervenientes. Com exceção do procedimento instituído pela Ucrânia – que chegou ao estágio da instauração do painel, mas foi suspenso a pedido da mesma – em todos os outros casos o procedimento encontra-se na fase de recurso ao Órgão de Apelação.

Já a respeito dos ABIs, além de criarem novos entendimentos e formas de proteção ao investimento estrangeiro e propriedade intelectual, incluindo o direito de marca, estes acordos apresentam áreas cinzentas quanto à proteção da propriedade privada, garantias ao investidor e prerrogativas estatais. Nesse liame, duas normas-chave substantivas, com impacto direto sobre os direitos de marca e, conseqüentemente, para a implementação de políticas de controle do tabaco, se destacam: o instituto da expropriação e o princípio do tratamento justo e equitativo^{36,37,38}.

A expropriação direta e indireta é a primeira norma-chave do modelo padrão dos ABIs. A expropriação direta ocorre quando um governo “ordena a transferência de propriedade privada para o Estado”, e a expropriação indireta é entendida como uma medida governamental que “embora não expropriatória, resulta em uma ‘retirada’ de ativos do investidor estrangeiro”³⁷ (p. 448). Partindo desse entendimento, a expropriação indireta pode ocorrer quando a expectativa de lucro dos investidores é afetada de maneira equivalente a uma expropriação. Destarte, sua definição é vaga, permitindo interpreta-

ções que podem impactar várias medidas adotadas pelo Estado receptor do investimento. Nesse sentido, a indústria tabagista vem alegando que políticas que seguem o padrão do dispositivo da Embalagem Padronizada resultam em expropriação indireta de seus direitos de marca, afetando a expectativa de lucro^{37,38}.

O tratamento justo e equitativo, segunda norma-chave do modelo padrão de ABIs, é parte essencial do Direito Internacional consuetudinário. Não há consenso sobre o seu sentido, mas há duas linhas gerais interpretativas. Em primeiro lugar, exige-se que os governos “*se abstenham de interferir nas expectativas legítimas de um investidor*”. Em segundo, que os governos “*evitem negar acesso à justiça, agindo de acordo com os princípios gerais do devido processo legal*”³⁷ (p. 438). O amplo escopo atribuído a esse princípio abriria margem para interpretações prejudiciais ao interesse público do Estado receptor do investimento. Nesse viés, mais uma vez, a indústria tabagista advoga que medidas compatíveis com as recomendações mais abrangentes da CQCT ferem esse princípio ao interferir nas expectativas do investidor^{36,37,38}.

Os ABIs adicionam também normas procedimentais novas para a resolução de controvérsias – o Sistema de Resolução de Disputas Investidor-Estado (SRDIE). Esse modelo formaliza a arbitragem entre investidor-Estado como mecanismo último de solução de litígios, uma vez exauridas as negociações e os recursos internos de direito. Detidamente, a arbitragem investidor-Estado provê a oportunidade para um investidor estrangeiro abrir um litígio contra o Estado receptor, visando à compensação por possíveis prejuízos quanto à expectativa de lucro ou o desrespeito ao devido processo legal, de acordo com as regras de proteção ao investimento estabelecidas no acordo existente entre as Partes. Assim sendo, essa arbitragem, como mecanismo de observância, permite a imposição real ou ameaça de custos³⁹ ao Estado supostamente violador das prerrogativas dispostas no acordo, por vezes, em detrimento do caráter social atribuído às medidas governamentais então consideradas como infringentes^{40,41,42,43,44}.

Fazendo uso dessas normas substanciais e procedimentais, a indústria tabagista tem litigado contra Estados que implementam medidas de controle do tabaco alegando, com base nas brechas abertas pelas normas substantivas antes descritas, que tais medidas violariam os direitos de marca e afrontariam o tratamento justo e equitativo. Por conseguinte, esses litígios têm produzido um fenômeno entendido pela literatura como inibição regulatória. Ele ocorre quando a autonomia legislativa dos Estados para “*promulgar certas medidas regulatórias ou políticas públicas*” é negativamente afetada, gerando atrasos, modificações ou cancelamentos da internalização de uma norma “*como resultado da arbitragem, ou a ameaça da mesma, sob as disposições do SRDIE*”⁴⁵ (p. 2).

Assim, o efeito inibidor teria impacto direto sobre a autonomia e a capacidade decisória dos Estados de regular acerca de questões de interesse público. É certo que diversas variáveis podem afetar o processo de tomada de decisão quanto à implementação de uma lei, entretanto, é possível afirmar que o mecanismo investidor-Estado vem provocando inibição regulatória e mitigando o espaço político para os Estados internalizarem políticas que seguem as recomendações da Embalagem Padronizada^{45,46,47,48,49}.

Dois casos emblemáticos podem ser referidos sobre esse fenômeno: “Philip Morris Asia Limited (PMA) v. Austrália” (UNCITRAL, PCA Caso nº 2012-12) e “Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products e Abal Hermanos v. República Oriental do Uruguai” (ICSID processo ARB/10/7). Ambos os casos exemplificam a forma como a arbitragem investidor-Estado pode afetar a autoridade soberana do governo para regular os interesses públicos relacionados à saúde.

No tocante ao caso australiano, apesar do fato do Estado justificar a Lei da Embalagem Padronizada sob a autoridade soberana do governo para implementar medidas de saúde pública, a PMA iniciou uma disputa pelo SRDIE, no âmbito do acordo bilateral de investimento Austrália-Hong Kong, alegando que a nova lei interferia nos direitos de marca da empresa, constituindo uma expropriação indireta. O grupo de tabaco argumentou que seus produtos teriam sido transformados em “*commodities sem marca, diminuindo substancialmente o valor do seu investimento na Austrália*”⁴⁸ (p. 308). A intenção por trás do litígio foi impedir a implementação da política na Austrália e, principalmente, ameaçar outros países que consideravam implementar medidas semelhantes^{30,49}.

No caso uruguaio, o país tem mantido uma trajetória firme e notável na implementação de políticas que regulam a publicidade e o uso do tabaco. Por meio de vários decretos, portarias e emendas legislativas, o país ampliou progressivamente sua política antifumo, destacando-se duas medidas: o

Decreto nº 287-009/2009 e a *Portaria nº 514/2008*. O primeiro exigiu pictogramas de advertência em 80% de todos os produtos do tabaco, frente e verso, superando a exigência anterior de 50% (*Regulamento 80/80*) e aderindo à recomendação nos moldes da Embalagem Padronizada. No mesmo caminho, a *Portaria nº 514* estabeleceu que cada marca deveria ser limitada a apenas uma apresentação (Requisito de Apresentação Única), de modo a proibir variações que pudessem ser consideradas enganosas aos consumidores em relação à segurança e saúde dos produtos do tabaco. Portanto, o uso de termos “light” e “ultra-light”, por exemplo, e o uso de nomes codificados por cores, incluindo “Marlboro Green (Fresh Mint)”, foram proibidos.

Em resposta às medidas mencionadas, a Philip Morris International (PMI) enviou solicitação de arbitragem ao Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIADI), contra o Uruguai, fundamentada no acordo bilateral de investimento Suíça-Uruguai. A empresa alegou que o Requisito de Apresentação Única e o *Regulamento 80/80* violavam os direitos de marca, impactando significativamente as expectativas de lucro da empresa tabagista, protegidos pelo acordo, e constituíam uma expropriação indireta. Assim, para sustentar a alegação, a empresa suscitou a ocorrência de “expropriação indireta da marca” e violação do Princípio do Tratamento Justo e Equitativo, exatamente como no caso contra a Austrália.

A PMA e PMI acusaram as medidas adotadas por Austrália e Uruguai de assumirem uma forma de expropriação indireta, uma vez que as políticas implementadas limitavam o uso de variações de marca, banindo efetivamente inúmeras variações vendidas pela empresa e, assim, afetando o valor da marca e reduzindo a expectativa de lucro. Ao reduzir a expectativa de lucro, teria havido violação do Princípio do Tratamento Justo e Equitativo, uma vez que a alteração no ambiente regulatório, por meio da implementação de políticas públicas voltadas à garantia da saúde pública, alterava as expectativas legítimas de lucro dos investidores.

Por outro lado, o argumento adotado pelo Uruguai, particularmente, foi o de que as medidas contestadas teriam sido adotadas de acordo com as obrigações internacionais do país, incluindo as Diretrizes para a implementação dos Artigos 11 e 13 da CQCT e as regras de proteção ao investimento estrangeiro, medidas estas que teriam a única finalidade de proteger a saúde pública. Segundo o país, as regras implementadas foram aplicadas de forma não discriminatória às empresas de tabaco, exercendo a autoridade soberana do governo de boa fé e com razoabilidade. Nesse sentido específico, as defesas de Uruguai e Austrália convergiram significativamente ^{30,48,49,50}.

Os recursos à solução arbitral causaram um impacto negativo direto sobre os países analisados, traduzido no tempo e custo dedicados a legitimar o caráter obrigatório das intervenções. Por sua vez, os impactos não se restringiram àqueles que efetivamente iniciaram ou implementaram políticas de controle ao tabaco dessa natureza. Como mostra a literatura, pode-se perceber a existência do efeito inibidor sobre outros governos que planejavam implementar políticas semelhantes e tiveram de “ponderar os custos de uma possível arbitragem durante o processo de tomada de decisão” ⁴⁹ (p. 158), tendo em vista que a abertura de processos arbitrais contra decisões governamentais teria “desacelerado os países no processo de implementação de regulamentos similares” ou “impedido alguns países de implementarem novas regulamentações” ⁴⁹ (p. 160).

O Uruguai passou por dificuldades no processo de implementação de políticas antitabagistas em razão do litígio arbitral. De acordo com Jennifer Tobin, depois de instaurada a reivindicação, o governo uruguaio abriu uma sessão especial para discutir a “repercussão internacional da legislação antitabagista do Uruguai” ⁴⁹ (p. 160). Destarte, em consequência do efeito inibidor causado pelo processo arbitral, o Uruguai não avançou no seu processo crescente de implementação de políticas que se aproximam do padrão da Embalagem Padronizada ⁴⁹.

Outros países também foram impactados pela inibição regulatória resultante dos casos mencionados. A Nova Zelândia, por exemplo, considerou a aprovação de uma política semelhante à Lei da Embalagem Padronizada implementada pela Austrália, mas fez uma “declaração expressa de que a legislação seria suspensa até o resultado da arbitragem” ⁴⁵ (p. 18) previamente tratada. O anúncio governamental enfatizou o “risco de as empresas de tabaco tentarem abrir litígios arbitrais contra qualquer legislação, como visto na Austrália” ⁴⁵ (p. 17). Nesse sentido, a ameaça de uma dispendiosa e demorada arbitragem internacional resultou em um custo social inicial, pois o governo da Nova Zelândia decidiu aguardar a sentença arbitral da PMA contra a Austrália para aprovar sua própria política de saúde nos padrões da Embalagem Padronizada.

Para além desse caso, o estudo de Jennifer Tobin ⁴⁹ compilou exemplos de políticas semelhantes à Lei da Embalagem Padronizada que foram atrasadas, reduzidas ou canceladas em resposta à ameaça provocada pelo SRDIE. A análise concentrou-se nos países da América Latina, baseada em comitês dos poderes legislativos dos países, relatórios das Comissões e Sessões Especiais para discutir o tema e etc. De acordo com as descobertas apontadas no referido estudo, o México reduziu as regulamentações de controle do tabaco, tendo o Congresso rejeitado uma versão mais restritiva da política de advertência, para evitar arbitragens domésticas e internacionais. No caso, o país exigiu o padrão mínimo recomendado pela CQCT, aprovando uma lei que estabelecia apenas 30% da frente da embalagem para exibir pictogramas de advertências de saúde ^{47,49,51}. O caso da Guatemala é também emblemático. O país tentou aprovar medidas de advertência para o controle do tabaco em 2010, assim como em 2016, mas ambas falharam. O principal argumento era que “*regulamentos rigorosos para embalagens de tabaco violariam a liberdade das empresas e os direitos de propriedade intelectual garantidos pela Constituição*” ⁴⁹ (p. 161), tornando a Guatemala vulnerável a reivindicações domésticas e internacionais. Nesse mesmo sentido, a Comissão de Economia e Comércio Exterior da Guatemala (2010) declarou que “*estender os pictogramas de advertência para 80% da embalagem seria equivalente à expropriação da propriedade privada e violaria compromissos constitucionais e internacionais*” ⁴⁹ (p. 161-2).

Finalmente, a autora apresenta os casos de Honduras e Chile. Honduras reagiu à ameaça do SRDIE da mesma forma que a Guatemala. O governo aprovou uma lei exigindo que 80% das embalagens fossem cobertas por pictogramas em 2010. No entanto, em 2011, o governo reduziu o percentual estabelecido pela lei para 50%, “*citando a possibilidade de que o percentual maior seria uma violação dos compromissos comerciais internacionais*” ⁴⁹ (p. 162). O governo chileno estudava estender a regulamentação além do exigido pela CQCT, tornando-a semelhante às políticas da Austrália – Lei da Embalagem Padronizada. Entretanto, os legisladores chilenos “*temiam que a Embalagem Padronizada fosse vista como arbitrária e discriminatória, ou mesmo uma violação das leis de propriedade intelectual, podendo resultar em arbitragem doméstica e internacional*” ⁴⁹ (p. 162).

Todos os casos mencionados confirmam a inferência de que a arbitragem investidor-Estado provoca inibição regulatória e mitiga a autonomia legislativa dos países. Nesse caso, é mais provável que os países atrasem, reduzam a ambição ou deixem de implementar as políticas de controle do tabaco, notadamente as que seguem o modelo da Embalagem Padronizada. Isso significa que o espaço político para se fazer cumprir as Diretrizes da CQCT tem sido mitigado, uma vez que os governos não têm sido hábeis em implementar políticas públicas comprovadamente eficientes que atendam os interesses públicos, em razão dos riscos e custos atrelados à eventualidade de uma reclamação arbitral.

A despeito das consequências identificadas, admite-se a possibilidade de que as decisões finais dos procedimentos instituídos contra a Austrália e Uruguai por empresas tabagistas e governos nacionais, possam, no futuro, gerar um efeito reverso, encorajando outros países a aderirem ao modelo da Embalagem Padronizada. Os procedimentos instaurados contra a Austrália, na seara do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, já produziram relatórios dos Painéis que, embora estejam sujeitos a recurso ao Órgão de Apelação, dão completo ganho de causa ao demandado. Se confirmados pelo Órgão de Apelação, as medidas legislativas que introduziram o modelo da Embalagem Padronizada terão sua legalidade reconhecida em face de três instrumentos internacionais relevantíssimos, que tratam dos diferentes aspectos da propriedade intelectual e do comércio internacional.

No plano arbitral, a Austrália também foi bem-sucedida, com base numa tecnicidade processual. Os pedidos no procedimento instaurado contra a Austrália foram declarados inadmissíveis, com a consequência de que o tribunal arbitral não pôde exercer sua jurisdição sobre o mérito da disputa, e as custas processuais tiveram de ser pagas pela demandante (PCA 2012). Quanto à arbitragem que envolveu o Uruguai, o tribunal indeferiu todos os pedidos dos demandantes Philip Morris e Abal Hermanos, determinando que as custas processuais das partes e as custas do tribunal sejam arcadas pelos mesmos. Em sua sentença, o tribunal discorreu fundamentadamente sobre as questões suscitadas a respeito dos institutos da expropriação indireta e do tratamento justo e equitativo para confirmar a adequação das medidas legislativas adotadas pelo governo uruguaio (CIADI).

Releva notar que, nesse caso, a OMS e o Secretariado da CQCT intervieram no processo em favor da posição do Uruguai. Avaliando seu impacto jurídico, Koh afirma que “*a decisão sobre o Uruguai permanecerá como um marco inequívoco de censura aos argumentos comerciais da indústria tabagista*” ⁵² (p. 447). A decisão do tribunal foi proferida num contexto de vitórias judiciais do governo do Reino Unido ⁵³ e

da União Europeia (Tribunal de Justiça, 2016), quando foram desafiados judicialmente por empresas de tabaco ao adotarem a Embalagem Padronizada.

Não se pode descartar, portanto, o possível impacto agregado dos relatórios dos painéis do Órgão de Solução de Controvérsias e dos tribunais arbitrais: além de chancelarem as recomendações do modelo da Embalagem Padronizada à luz dos diversos instrumentos internacionais, ajudaram a esclarecer o escopo dos institutos legais da expropriação indireta e do tratamento justo e equitativo. Decisões como essas seguramente serão estudadas pelos governos dos Estados que desejam aderir ao modelo da Embalagem Padronizada, e poderão servir de embasamento jurídico e precedente arbitral a serem invocados em eventuais litígios futuros.

Considerações finais

O regime jurídico da CQCT apresenta uma estrutura normativa multidimensional, abrangendo normas vinculativas e recomendatórias. Estabeleceu-se um patamar mínimo de obrigações jurídicas ao lado de um campo de autonomia para aqueles Estados que desejam atingir os objetivos mais amplos da Convenção. Essa fórmula mais flexível garantiu a adesão generalizada da Convenção por parte dos Estados.

A adesão de Estados ao modelo da Embalagem Padronizada tem se mostrado gradual e cautelosa, dados os entraves domésticos e a resistência da indústria do tabaco. Os efeitos da inibição regulatória em alguns dos Estados participantes da CQCT é uma manifestação visível da estratégia bem-sucedida das empresas tabagistas em prevenir, impedir ou retardar a adoção de medidas domésticas de controle ao tabaco. Essa estratégia está relacionada mais diretamente à imposição de custos econômicos aos países que pretendem implementar políticas dessa natureza, e tem potencial para produzir efeitos em um período mais curto, além de incidir mais fortemente sobre países de menor renda.

Entretanto, a médio e longo prazo, a estratégia tende ao revés. As instituições criadas para dar suporte ao regime jurídico da CQCT, a Conferência das Partes e o Secretariado, têm continuamente fomentado a implementação de medidas mais abrangentes no combate ao tabaco mediante a emissão de diretrizes e entendimentos a respeito das normas convencionais. Uma decisão da Conferência reflete a posição majoritária ou unânime das partes da CQCT e, portanto, a inclinação da maior parte da comunidade internacional pela progressiva eliminação do uso do tabaco. Nessa tarefa, elas têm recebido o apoio institucional, político e científico de uma rede de outras organizações internacionais e organizações não governamentais. As políticas de combate ao tabaco se beneficiam, também, do respaldo de regimes jurídicos conexos e mais amplos, como o dos direitos humanos, pois a adoção dessas medidas de controle é hoje tida como essencial e assecuratória do direito à saúde e dos direitos à proteção da mulher e da criança.

As reclamações por parte da indústria do tabaco produziram, como se pode perceber, efeitos sobre a capacidade decisória de um conjunto de países que pretendiam a implementação de políticas como a da Embalagem Padronizada. Por outro lado, as decisões judiciais e arbitrais proferidas vão consubstanciando uma interpretação que corrobora as políticas públicas voltadas ao controle do uso do tabaco.

Colaboradores

Os autores participaram de forma equilibrada do desenvolvimento da pesquisa e elaboração do artigo.

Informações adicionais

ORCID: Luciana Correia Borges (0000-0002-7238-1346); Henrique Zeferino de Menezes (0000-0002-1385-7957); Ielbo Marcus Lobo de Souza (0000-0002-0335-6497).

Agradecimentos

Os autores agradecem o apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Chamada MCTI/CNPq nº 28/2018 – Universal) e ao governo britânico (*Cherishing Scholarships and Fellowships*).

Referências

1. Beaglehole R, Bonita R. What is global health? *Glob Health Action* 2010; 3:10.3402/gha.v3i0.5142.
2. Buse K, Drager N, Hein W, Dal B, Lee K. Global health governance: the emerging agenda. In: Buse K, Hein W, Drager N, editors. *Making sense of global health governance: a policy perspective*. Hampshire: Palgrave Macmillan; 2009. p. 5-14.
3. Fidler D. *International law and public health: material on and analysis of global health jurisprudence*. Ardsley: Transnational Publishers; 2000.
4. Fidler D. After the revolution: global health politics in a time of economic crisis and threatening future trends. *Glob Health Gov* 2009; 145:1-21.
5. Garrett L. The challenge of global health. *Foreign Aff* 2007; 86:14-38.
6. Katz R, Komblet S, Arnold G, Lief E, Fischer JE. Defining health diplomacy: changing demands in the era of globalization. *Milbank Q* 2011; 89:503-23.
7. Kickbusch I. Global health governance: some theoretical considerations on the new political space. In: Lee K, editor. *Health impacts of globalization*. Basingstoke: Palgrave Macmillan; 2003. p. 192-203.
8. Koplan JP, Bond TC, Merson MH, Reddy KS, Rodriguez MH, Sewankambo NK, et al. Towards a common definition of global health. *Lancet* 2009; 373:1993-5.
9. McInnes C, Lee K. *Global health and international relations*. Oxford: Polity Press; 2012.
10. Ruger J. Normative foundations of global health law. *Georgetown Law J* 2008; 96:423-43.
11. Buse K, Hein W, Drager N, editors. *Making sense of global health governance: a policy perspective*. Hampshire: Palgrave Macmillan; 2009.
12. Pan American Health Organization. *Report on tobacco control for the Region of the Americas. WHO Framework Convention on Tobacco Control: 10 years later*. Washington DC: Pan American Health Organization; 2016.
13. Pan American Health Organization. *Strategy and plan of action to strengthen tobacco control in the Region of the Americas*. Washington DC: Pan American Health Organization; 2017.
14. World Health Organization. *Research for international tobacco control. WHO report on the global tobacco epidemic, 2008: the MPOWER package*. Geneva: World Health Organization; 2008.
15. World Health Organization. *WHO Framework Convention on Tobacco Control: guidelines for implementation of article 5.3, articles 8 to 14*. Geneva: World Health Organization; 2013.
16. World Health Organization. *WHO report on the global tobacco epidemic, 2017: monitoring tobacco use and prevention policies*. Geneva: World Health Organization; 2017.

17. World Health Organization. Tobacco. <http://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/tobacco> (acessado em 10/Jul/2019).
18. World Health Organization. WHO Framework Convention on Tobacco Control. Geneva: World Health Organization; 2003.
19. Wipfli H, Samet J. One hundred years in the making: the global tobacco epidemic. *Annu Rev Public Health* 2016; 37:149-66.
20. Cox A, Lutz B, Webb D, Sahal-Estimate M, Small R, Trivedi V. Development planning and tobacco control: integrating the who framework convention on tobacco control into UN and national development planning instruments. New York: United Nations Development Programme; 2014.
21. GBD 2015 Risk Factors Collaborators. Global, regional, and national comparative risk assessment of 79 behavioral, environmental and occupational, and metabolic risks or clusters of risks, 1990-2015: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study. *Lancet* 2015; 388:1659-724.
22. Mitchell AD, Studdert DM. Plain packaging of tobacco products in Australia: a novel regulation faces legal challenge. *JAMA* 2012; 307:261-2.
23. Wakefield M, Germain D, Durkin S. How does increasingly plainer cigarette packaging influence adult smokers' perceptions about brand image? An experimental study. *Tob Control* 2008; 17:416-21.
24. Wakefield M, Germain D, Durkin S. Do larger pictorial health warnings diminish the need for plain packaging of cigarettes? *Addiction* 2012; 107:1159-67.
25. Hammond D, Fong GT, McNeill A, Borland R, Cummings KM. Effectiveness of cigarette warning labels in informing smokers about the risks of smoking: findings from the International Tobacco Control (ITC) Four Country Survey. *Tob Control* 2015; 15:19-25.
26. Hammond D, Fong GT, Borland R, Cummings KM, McNeill A, Driezen P. Text and graphic warnings on cigarette packages: findings from the international tobacco control four country study. *Am J Prev Med* 2007; 32:202-9.
27. World Health Organization. Global progress report on implementation of the WHO Framework Convention on Tobacco Control. Geneva: World Health Organization; 2016.
28. WHO Framework Convention on Tobacco Control. Report on tobacco dependence and cessation (in relation to Article 14 of the Convention (decision FCTC/COP2(14)). https://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop3/FCTC_COP3_10-en.pdf.
29. Turia T. Government moves forward with plain packaging of tobacco products. Beehive. <https://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products> (acessado em 26/Fev/2018).
30. Hawkins B, Holden C, Mackinder SA. A multi-level, multi-jurisdictional strategy: transnational tobacco companies' attempts to obstruct tobacco packaging restrictions. *Glob Public Health* 2019; 14:570-83.
31. Souza R. Convenção Quadro para Controle do Tabaco: reflexões sobre o futuro da fumicultura brasileira. In: Anais do 47º Encontro da SOBER. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Economia Administração e Sociologia Rural; 2009.
32. WHO Framework Convention on Tobacco Control. Delhi Declaration. https://www.who.int/fctc/cop/cop7/FCTC_COP7_29_EN.pdf.
33. MacKenzie R, Mathers A, Hawkins B, Eckhardt J, Smith J. The tobacco industry's challenges to standardised packaging: a comparative analysis of issue framing in public relations campaigns in four countries. *Health Policy* 2018; 122:1001-11.
34. Gilmore A, Fooks G, Drope J, Bialous AS, Jackson PR. Exposing and addressing tobacco industry conduct in low income and middle-income countries. *Lancet* 2015; 385:1029-43.
35. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. Quanto custa receber doações da indústria do tabaco. O art. 5.3 da Convenção Quadro da Organização Mundial da Saúde para o controle ao tabaco – a proteção das políticas públicas de controle ao tabagismo. Nota técnica. Rio de Janeiro: Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva; 2017.
36. Correa CM. Public health and intellectual property rights. *Glob Soc Policy* 2002; 2:261-78.
37. Gibson C. Latent grounds in investor-state arbitration: do international investment agreements provide new means to enforce intellectual property rights? In: Sauvart KP, editor. Yearbook on international investment law & policy 2009-2010. Oxford: Oxford University Press; 2010. p. 397-476.
38. Alford RP. The convergence of international trade and investment arbitration. *Santa Clara Journal of International Law* 2014; 12:35-63.
39. Thompson A. Coercive enforcement of international law. In: Dunoff JL, Pollack MA, editors. Interdisciplinary perspectives on international law and international relations: the state of the art. Cambridge: Cambridge University Press; 2013. p. 502-23.
40. Correa CM. Investment agreements: a new threat to the trips flexibilities? *South Bulletin* 2013; (72):23-5.
41. Schill S. Crafting the international economic order: the public function of investment treaty arbitration and its significance for the role of the arbitrator. *Leiden Journal of International Law* 2010; 23:401-30.
42. Schill S. Reforming investor-state dispute settlement (ISDS): conceptual framework and options for the way forward. <http://e15initiative.org/publications/reforming-investor-state-dispute-settlement-isds-conceptual-framework-and-options-for-the-way-forward/> (acessado em 19/Jan/2018).
43. Vadi VS. Public health in international investment law and arbitration. Abingdon: Routledge; 2013.
44. Foster C. A new stratosphere? Investment treaty arbitration as 'internationalized public law'. *Int Comp Law Q* 2015; 64:461-85.

45. Shekhar S. Regulatory chill: taking right to regulate for a spin. [http://wtocentre.iift.ac.in/workingpaper/'REGULATORY%20CHILL%E2%80%99%20TAKING%20RIGHT%20TO%20REGULATE%20FOR%20A%20SPIN%20\(September%202016\).pdf](http://wtocentre.iift.ac.in/workingpaper/'REGULATORY%20CHILL%E2%80%99%20TAKING%20RIGHT%20TO%20REGULATE%20FOR%20A%20SPIN%20(September%202016).pdf) (acessado em 02/Fev/2018).
46. Tienhaara K. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science. In: Brown C, Miles K, editors. *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press; 2011. p. 606-27.
47. Schram A, Friel S, Vanduzer JA, Ruckert A, Labonté R. Internalisation of international investment agreements in public policymaking: developing a conceptual framework of regulatory chill. *Glob Policy* 2018; 9:193-202.
48. Hepburn J, Nottage L. A procedural win for public health measures. *Journal of World Investment & Trade* 2017; 18:307-19.
49. Tobin JL. The social cost of international investment agreements: the case of cigarette packaging. *Ethics Int Aff* 2018; 32:153-67.
50. Dreyfuss RC, Frankel S. *Reconceptualizing ISDS: when is IP an investment and how much can states regulate it?* New York: New York University School of Law; 2018. (Working Paper, 18-23).
51. Fach Gómez K. Latin America. In: Krajewski M, Hoffmann RT, editors. *Research handbook on foreign direct investment*. Cheltenham: Edward Elgar; 2018. p. 494-522.
52. Koh H. Global tobacco control as a health and human rights imperative. *Harvard International Law Journal* 2016; 57:433-53.
53. High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court. Case n.: CO/2322/2015, CO/2323/2015, CO/2352/2015, CO/2601/2015 & CO/2706/2015. https://slidelegend.com/judgment-courts-and-tribunals-judiciary_5b584dfa097c47fd588b4567.html.

Abstract

The article analyzes some dilemmas related to the implementation of the Framework Convention on Tobacco Control, underscoring the States parties' difficulties in adopting public policies with proven cost-benefit and aimed at reducing tobacco's supply and demand. Specifically, the article examines the recommendation to adopt policies for plain cigarette packaging, as provided in the guidelines for implementation of the Convention's Articles 11 and 13. Based on case analysis, we identified political and legal factors that hinder the Convention's implementation, including the regulatory chill produced by legal claims filed by the tobacco industry, which uses investor-State arbitration clauses from bilateral investment agreements. The article concludes that despite the costs imposed on States and the delays in the adoption of such policies, in the medium and long term the rulings handed down by the arbitration courts and the World Trade Organization's Dispute Settlement Body can consolidate the understanding of the legality and effectiveness of policies that adopt the model.

Public Policy; Tobacco; Tobacco-Derived Products Packing; International Cooperation

Resumen

El artículo analiza algunos dilemas relacionados con la implementación del Convenio Marco para el Control del Tabaco, destacando las dificultades de los Estados participantes para adoptar políticas públicas, con coste-beneficio comprobado, que tienen como objetivo la reducción de la oferta y demanda del tabaco. Específicamente, el artículo examina la recomendación para la adopción de políticas de estandarización de los paquetes de cigarrillos, presente en las directrices para la implementación de los Artículos 11 y 13 del Convenio. Mediante el análisis de casos, identificamos factores políticos y jurídicos que dificultan la implementación del Convenio, incluyendo la inhibición regulatoria, producida por la apertura de litigios por parte de la industria del tabaco, que recurre a cláusulas de arbitraje inversor-Estado, existentes en acuerdos bilaterales de inversión. Se concluye que, a pesar de los costes impuestos a los Estados, y de los atrasos en la adopción de esas políticas, en el medio o largo plazo, las decisiones proferidas por los tribunales arbitrales y por el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio pueden consolidar el entendimiento acerca de la legalidad y efectividad de políticas que adoptan el referido modelo.

Política Pública; Tabaco; Envasado de Productos Derivados del Tabaco; Cooperación Internacional

Recebido em 26/Jul/2019
Versão final reapresentada em 23/Nov/2019
Aprovado em 02/Dez/2019