



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

GRAND RIVER ENTERPRISES FIVE NATIONS LTD. ET AL.

V.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Relatório do Caso por **Sana Onayeva****

Editado por **Ignacio Torterola *****

Traduzido em Português por **Elis Wendpap ******

Em uma sentença proferida em 12 de janeiro de 2011, sob o Capítulo 11 do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), o Tribunal decidiu não ter jurisdição sob certos pleitos dos Demandantes, vez que estes não possuíam um investimento nos Estados Unidos que satisfizesse a definição de investimentos no Artigo 1139 do NAFTA. Reconheceu-se jurisdição sobre os pleitos remanescentes dos Demandantes, formulados sob os Artigos 1102 (tratamento nacional), 1103 (cláusula da nação mais favorecida), 1105 (tratamento justo e igualitário) e 1110 (expropriação) do NAFTA, que, porém não foram acolhidos em seu mérito.

Tribunal: Senhor Fali S. Nariman (Presidente), Prof. James Anaya e Senhor John R. Crook.

Advogados dos Demandantes: Leonard Violi, Esq.¹, Todd Wiler, Advogado e Procurador, Robert J. Luddy, Esq., Windels Marx Lane & Mondorf, LLP, Chantell McInnes Montour, Advogado, Catherine MacInnes, Assistente Jurídico, Inch Hammond, Corporação Profissional.

Advogados do Demandado: Harold Honggju Koh, Consultor Jurídico, Jeffrey D. Kovar, Assessor Jurídico Assistente, Lisa J. Grosh, Vice- Assessor Jurídico Assistente, Mark E. Feldman, Chefe da NAFTA/CAFTA-DR Arbitration, Neale H. Bergman, Alicia L.

¹ Esquire

- * Os Diretores podem ser contatados por e-mail nos seguintes endereços:
ignacio.torteroa@internationalarbitrationcaselaw.com e
loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.coms.
- ** Sana Onayeva é Doutoranda na American University Washington College of Law (WCL). Ela é também Assistente do Diretor no Centro de Arbitragem Comercial Internacional da WCL.
- *** Ignacio Torterola é a Conexão PTN/ICSID na Embaixada da Argentina em Washington, DC, e advogado representando a Argentina em Disputas Internacionais.
- **** Elis Wendpap é advogada, especialista em Direito Constitucional, mestranda em Direito pelo UniCuritiba e mestranda em International Legal Studies pela New York University. Pode ser contata pelo e-mail elis.wendpap@law.nyu.edu.

INDEX DE QUESTÕES ABORDADAS

1. Fatos do Caso	2
2. Questões Jurídicas Abordadas na Decisão	5
<i>a) Jurisdição sob os Artigo 1101, 1139 e 201 do Nafta (§§ 79, 85, 87, 107, 109, 110, 112, 116, 117, 122).....</i>	<i>5</i>
<i>b) Artigo 1110 NAFTA – Expropriação e Legítimas Expectativas (§§ 127, 128, 141, 144, 148, 152) ...</i>	<i>8</i>
i) Expectativas Razoáveis: Status das Primeiras Nações	8
ii) Pleito de expropriação	9
<i>c) Pleitos de Violações dos Artigos 1102-1103 – Tratamento Nacional e Tratamento da Nação Mais Favorecida (§§ 159, 160, 169).....</i>	<i>9</i>
<i>d) Pleitos sob o Artigo 1105 – O Padrão Costumeyo de Tratamento Justo e Igualitário (§§ 175, 189, 190, 191, 192, 204, 205, 209, 210, 213, 217, 219, 223, 227, 228).....</i>	<i>10</i>
i) A Lei Aplicável sob o Artigo 1105	10
ii) Pleitos Específicos sob o Artigo 1105	11
3. Decisão	13

Resumo

1. *Fatos do Caso*

Grand River Enterprises Six Nations, Ltda. de Ohsweken (uma empresa constituída sob as leis do Canadá), Senhores Jerry Montour e Kenneth Hill (cidadãos canadenses), e Senhor Arthur Montour Jr., do Terriório da Nação Seneca, Perrysburg, Nova Iorque (juntos “Demandantes”), iniciaram demanda contra vários estados dos Estados Unidos da América alegando que o Master Settlement Agreement (MSA) de 1998 violou seus direitos sob o Capítulo 11 do NAFTA.

Os Demandantes pessoas físicas são todos nascidos no Canadá e membros de grupos indígenas das Primeiras Nações pertencentes à Confederação das Seis Nações de Iorquois, também conhecida como Haudenosaunee.

Grand River está envolvida na fabricação e venda de produtos derivados do tabaco. É uma empresa federalmente constituída que fabrica produtos do tabaco em sua fábrica em Ohsweken, Ontario, para venda no Canadá e exportação aos Estados Unidos.

Os Senhores Jerry Montour e Kenneth Hill são os sócios controladores de Grand River, sendo que o Senhor Jerry Montour possui 30% das ações e o Senhor Hill, 10%. Arthur Montour conduz o negócio de distribuição de tabaco através de sua empresa Native Wholesale Supply Company (NWS), da qual é sócio único.

Na década de 1990, mais de 40 promotores de estados dos Estados Unidos iniciaram processos judiciais contra os maiores produtores de tabaco dos Estados Unidos, pleiteando indenização pelos custos despendidos pelos estados no tratamento de doenças relacionadas ao tabaco. A proposta inicial de acordo

apresentada requeria edição de legislação federal nos Estados Unidos. Todavia, negociações subsequentes pretendiam acordo que não requeria aprovação do Congresso.

Em 1998, vários promotores de estados e os maiores produtores de tabaco dos Estados Unidos concluíram e elaboraram um acordo para as demandas judiciais estaduais, chamado de MSA. Ao final, 46 estados, o Distrito de Columbia e cinco territórios dos Estados Unidos se tornaram partes (Estados Acordantes). Cada Fabricante Participante (FP) concordou em fazer pagamentos perpétuos em dinheiro, restrições extensivas em publicidade e outras práticas de marketing, e a criar programas de prevenção do fumo.

O MSA aumentou os custos dos FP, que chegaram ao ponto de perder parcela do mercado aos Fabricantes Não-Participantes (FNP). O MSA pretendeu limitar o ganho da parcela do mercado dos FNP dos manufatores que aderissem ao MSA. O requisito era de que cada Estado Contratante adotasse legislação determinando que cada FNP depositasse em garantia naquele estado quantia aproximada do montante que teria pago referente a tributação sobre vendas naquela estado caso tivesse aderido ao MSA. O FNP detém a titularidade do depósito, cujos valores continuam depositados por 25 anos e podem ser usados para pagar qualquer decisão contrária à FNP, decorrente de demanda judicial do estado envolvendo consequências adversas de produto da FNP. Todos os 46 estados partes do MSA adotaram legislação sobre o depósito em garantia.

Depois de implementado o MSA, os FPs aumentaram seus preços e foram sujeitos às restrições do MSA em publicidade e práticas de marketing. Isto implicou redução substancial das vendas e do mercado dos MPs, bem como um aumento nas vendas e no mercado dos FPs. Havia evidência pacífica de que a

parcela total do mercado dos FNPs como Grand River cresceu em até 8,1% do mercado dos Estados Unidos em 2003. Os estados participantes do MSA responderam ao crescimento das vendas dos FNPs intensificando a aplicação de seis leis sobre o depósito em garantia. Em 2001 e no início de 2002, eles começaram a promulgar “legislações complementares” (mencionadas pelos Demandantes como “leis de contrabando”) para fortalecer a aplicação das leis de depósito em garantia. Essas legislações estipularam que os advogados gerais mantivessem lista das FNPs inadimplentes com as leis de depósito em garantia, e proibiram os agentes do Estado responsáveis por selos de colocarem selos de tributação em cigarros de fabricantes inadimplentes. Os cigarros não rotulados para venda viraram objeto de confisco e contrabando. No início de 2003, estados também passaram a alterar as leis de depósito em garantia para evitar disposições de “quota alocável”.

Em 1998, quando o MSA foi concluído, a marca Grand Seneca dos Demandantes ainda não havia sido criada e, portanto, não possuía parcela do mercado no Estados Unidos. Todavia, em 2002, os Demandantes adotaram estratégia de marketing voltada a tirar vantagem das disposições de quota alocável. Eles determinaram limitar o marketing de cigarros fora das reservas a um grupo limitado de estados, e a fazer Grand River adimplir com aqueles estados em uma “base sem prejuízos”. Em 2002, Grand River concluiu um Acordo de Produção de Cigarros com Tobacoville USA, Inc., uma empresa estadunidense. Sob o Acordo, Grand River produziria a marca de cigarros Seneca nas especificações de Tobacoville, que teria direitos exclusivos de distribuir estes cigarros sem reservas nos Estados Unidos. Esta estratégia foi bem sucedida por vários anos.

Os Demandantes alegaram que a implementação das medidas restritivas do MSA , inclusive de revogar a disposição de “quota alocável” e subsequentes perda de vendas fora da reserva e promulgação de leis de Contrabando por estados teria violado seis direitos nos Artigos 1102 (tratamento nacional), 1103 (tratamento da nação mais favorecida), 1005 (tratamento justo e igualitário) e 1110 (expropriação) do NAFTA.

2. *Questões Jurídicas Abordadas na Decisão*

a) Jurisdição sob os Artigo 1101, 1139 e 201 do Nafta (§§ 79, 85, 87, 107, 109, 110, 112, 116, 117, 122)

O Tribunal decidiu que não tinha jurisdição sobre os pleitos de Jerry Montour, Kennet Hill e Grand River referentes a vendas não reservadas, vez que o investimento dos Demandantes não satisfaz os requisitos jurisdicionais de um pleito sob o Artigo 1101 do NAFTA. Ademais, eles não tinham um investimento nos Estados Unidos na forma de empresa, empréstimo, propriedade ou outro investimento conforme a definição do Artigo 1139.

O Artigo 1101 do NAFTA somente se aplicada aos investidores de um [Estado] Parte do NAFTA que pretende fazer, está fazendo, ou fez um investimento em outro [Estado] Parte do NAFTA. Porém, o único investimento substancial dos Demandantes (Grand River, Jerry Montour e Kenneth Hill) é a indústria no Canadá. A venda dos cigarros dos Demandantes à Tobaccoville para distribuição nos Estados Unidos não pode ser considerada como parte de seu investimento,

vez que Tobaccoville é uma empresa controlada e de propriedade nos Estados Unidos.

Além disso, o Tribunal decidiu que três dos Demandantes, Jerry Montour, Kenneth Hill e Grand River, não possuem uma empresa nos moldes dos Artigos 1139 e 201 do NAFTA. Para que um investimento constitua uma empresa, ele deve existir na forma de associação empresarial com sua personalidade jurídica constituída e organizada sob a lei aplicável. O “Acordo de Fabricação de Cigarros” dos Demandantes autorizando Grand River a fabricar cigarros Seneca e o acordo de distribuição entre Grand River e Tobaccoville não demonstram a existência de uma empresa nos termos do NAFTA, mas de um negócio mutualmente benéfico. Grand River não possui como local de negócios nos Estados Unidos, nem equipes, propriedade ou agentes de vendas em qualquer estado. É um fabricante canadense e exportador que conduz atividades com empresas distribuidoras dos Estados Unidos.

O Tribunal também rejeitou a proposição dos Demandantes de que eles teriam um investimento nos Estados Unidos sob o Artigo 1139 do NAFTA, na forma de financiamento que Grand River estendeu às empresas de distribuição de Arthur Montour nos Estados Unidos, em conexão com estoque comprado de Grand River. O Tribunal concluiu que o Artigo 1139 do NAFTA exclui de sua definição de investimento “a extensão de crédito em conexão com uma transação comercial, como financiamento de comércio”, a menos que o empréstimo seja (i) a uma empresa se “a empresa é afiliada ao investidor” ou (ii) “quando a maturidade original do empréstimo é de ao menos três anos”.

O Tribunal concluiu que Native Wholesale Supply, a empresa de Arthur Montour, é uma empresa independente. Para que a empresa de Arthur Montour

seja considerada afiliada de Grand River ela deve ser “efetivamente” controlada por Grand River. Apesar de o NAFTA não definir “afiliada”, o Tribunal baseou-se no Black’s Law Dictionary que define uma “empresa afiliada” como aquela “efetivamente controlada por outra empresa”.

Baseado nas evidências apresentadas pelos Demandantes, o Tribunal também concluiu que o estoque de empréstimos providos por Grand River à empresa de Arthur Montour [não] tem “data de maturidade fixada”, portanto não pode ser afirmado que sua maturidade é de mais de três anos, o que é requisito para que seja abarcado pela exceção do Artigo 1139 mencionada acima. Assim, o Tribunal rejeitou as afirmações dos Demandantes de que o estoque de empréstimos pode constituir um investimento sob o Artigo 1139, e entendeu que estes empréstimos não eram abarcados pelas exceções do Artigo 1139.

O Tribunal rejeitou outros argumentos apresentados pelos Demandantes de que eles teriam um investimento nos Estados Unidos na forma de: (a) dinheiro depositado em contas de depósitos em garantia em alguns estados dos Estados Unidos; (b) esforços colaborativos dos Demandantes para criar e promover propriedade intelectual associada à marca Seneca; e (c) outras despesas modestas de Grand River. O Tribunal concluiu que os Demandantes não estabeleceram um investimento que recaía em uma ou mais das categorias estabelecidas no Artigo 1139; não havia evidência de que os Demandantes tinham investimento nos Estados Unidos seja em forma de empresa, empréstimo, propriedade ou outra participação em capital dentro da definição estrita de investimento do Artigo 1139.

O Tribunal reafirmou jurisdição sobre Arthur Montour; concluiu que ele possui um investimento nos Estados Unidos que satisfaz os requisitos dos Artigos 1101

e 1139 do NAFTA, vez que ele possui um negócio substancial de distribuição de tabaco nos Estados Unidos, assim como a marca Seneca, e ele fez esforços e despesas substanciais de marketing para promover a marca nos Estados Unidos.

b) Artigo 1110 NAFTA – Expropriação e Legítimas Expectativas (§§ 127, 128, 141, 144, 148, 152)

O Tribunal decidiu, na sequência, acerca do pleito de expropriação do investimento de Arthur Montour, sob o Artigo 1110 do NAFTA. O Demandante alegou que as condutas regulatórias adotadas pelos estados relacionadas ao MSA são inconsistentes com suas expectativas razoáveis enquanto investidor, bem como constituem expropriação de porção substancial de seu investimento.

i) Expectativas Razoáveis: Status das Primeiras Nações

O Tribunal concluiu que a discutida medida adotada pelos estados não era inconsistente com as expectativas razoáveis de Arthur Montour enquanto investidor sob o Artigo 1110 do NAFTA. O Demandante arguiu que, como membro das Primeiras Nações na América do Norte, ele razoavelmente espera ser excluído das medidas regulatórias dos estados, vez que no Tratado Jay e na lei doméstica dos Estados Unidos ele é imune à regulação estadual.

O Tribunal interpretou as expectativas razoáveis no contexto do NAFTA como “expectativas segundo as quais um investidor pode se basear como resultado de representações ou conduta por um estado parte”. Assim, as expectativas razoáveis protegidas pelo NAFTA são aquelas representações feitas ambigualmente pelo Estado. O Tribunal decidiu que, sendo Arthur Montour um investidor experiente no setor de tabaco, deveria saber que o comércio de produtos de tabaco tem historicamente sido sujeito a regulamentações estaduais

e, assim, ele não poderia legitimamente esperar estar livre das medidas restritivas do MSA aplicadas pelos estados.

ii) Pleito de expropriação

O Tribunal entendeu que a demanda de expropriação apresentada por Arthur Montour era falha, vez que ele não demonstrou expropriação no âmbito de aplicação do Artigo 1110 do NAFTA.

Em seus fundamentos, o Tribunal baseou-se em decisões anteriores sobre o NAFTA definindo expropriação sob o Artigo 1110 como uma “completa ou substancial privação dos direitos do proprietário na totalidade do investimento” e rejeitando pleitos de expropriação quando o demandante manteve a propriedade de uma atividade em curso.

O Tribunal decidiu que o pleito de Arthur Montour não poderia constituir uma expropriação nos moldes do Artigo 1110, pois a alegada expropriação está relacionada ao seu investimento que continua em curso, e Arthur Montour manteve propriedade e controle sobre este investimento.

c) Pleitos de Violações dos Artigos 1102-1103 – Tratamento Nacional e Tratamento da Nação Mais Favorecida (§§ 159, 160, 169)

Os pleitos de negativa de tratamento nacional ou de tratamento de nação mais favorecida abordaram apenas vendas sem reservadas nos Estados Unidos de cigarros fabricados por Grand River no Canadá. Todavia, o Tribunal estabeleceu que não tem jurisdição sobre as demandas de Grand River, Jerry Montour e Ken Hill referentes a vendas sem restrições.

Apesar de Arthur Montour não ter apresentado pleito apartado de negativa de tratamento nacional ou de tratamento de nação mais favorecida, o Tribunal decidiu, para fins de completude, analisar se tal pleito poderia ser sustentado.

O Tribunal decidiu que o pleito referente a tratamento nacional ou de tratamento de nação mais favorecida, se apresentado por Arthur Montour, não poderia ser sustentado porque não haveria prova suficiente de violação dos Artigos 1102 e 1103 do NAFTA.

Após avaliar as provas e materiais do caso, o Tribunal conclui que as medidas adotadas pelos estados referentes à aplicação do MSA se estendem não apenas às atividades de Arthur Montour, mas a todo e qualquer investidor em situação similar, e nenhum deles recebeu tratamento diferenciado. Assim, ausente comparativo para averiguar quem recebeu melhor tratamento, o Tribunal não pode considerar esta questão mais a fundo.

O Tribunal, então, rejeitou os argumentos de Arthur Montour baseados no seu status privilegiado como comerciante das Primeiras Nações e à respectiva exclusão das medidas relacionadas ao MSA.

d) Pleitos sob o Artigo 1105 – O Padrão Costumeyro de Tratamento Justo e Igualitário (§§ 175, 189, 190, 191, 192, 204, 205, 209, 210, 213, 217, 219, 223, 227, 228)

Arthur Montour defendeu que as medidas adotadas por vários estados violaram seu direito a tratamento justo e igualitário determinado pelo Artigo 1105 do NAFTA.

i) A Lei Aplicável sob o Artigo 1105

O Tribunal decidiu que “o Artigo 1105 descreve o padrão mínimo de direito costumeiro internacional conferido a estrangeiros como o tratamento mínimo que deve ser dado a um investimento abarcado”. O Tribunal concluiu que qualquer tratamento que Arthur Montour tenha recebido dos Estados, isto não implicou violação do padrão de tratamento justo e igualitário do Artigo 1105.

ii) Pleitos Específicos sob o Artigo 1105

(1) O Primeiro Pleito sob o Artigo 1105:

O primeiro pleito foi rejeitado porque estava relacionado a vendas sem restrições, e partia do argumento de que o padrão mínimo costumeiro requer proteção das expectativas razoáveis do Demandante, com relação à estabilidade do ordenamento jurídico para marketing sem reservas dos cigarros de Grand River. O Tribunal não tem jurisdição sobre os pleitos de Keneth Hill, Jerry Montour e Grand Rvier no que tange a vendas sem reservas.

(2) O Segundo Pleito sob o Artigo 1105:

O Tribunal rejeitou o segundo pleito do Demandante sob o fundamento de que o pleito não estabelecia quebra do padrão mínimo de tratamento a estrangeiros do direito costumeiro internacional.

O segundo pleito sustentou que o Artigo 1105 inclui uma obrigação de não-discriminação contra grupos especiais ou em desvantagem, implicando as respectivas obrigações dos estados dos Estados Unidos a “consultar proativamente os demandantes, como investidores das Primeiras Nações com atividades comerciais prováveis de serem significativamente afetadas pelas suas medidas”. Este pleito é relevante para Arthur Montour, e por esta razão está dentro da jurisdição do Tribunal.

O Tribunal concluiu que não foi demonstrado que o texto do Artigo 1005 ou o padrão mínimo costumeiro incluem as proibições e requisitos mais específicos envolvendo povos indígenas. De fato, o dever dos estados de consultar povos indígenas está elencado na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. O Tribunal interpretou esta disposição como o dever dos estados de consultar os governos das tribos indígenas cujos interesses soberanos pudessem ser afetados por medidas relacionadas ao MSA. Porém, os governos dos povos indígenas não foram consultado sobre as medidas do MSA e não é possível alegar que Arthur Montour, sendo um investidor individual, teria autoridade para representar a comunidade das Primeiras Nações.

(3) O Terceiro Pleito sob o Artigo 1105 do NAFTA:

Vez que o Demandante alegou que o tratamento justo e igualitário sobre o Artigo 1105 abarca o dever do Demandando de respeitar os direitos dos Povos Indígenas sob tratados como Jay e outros, vários instrumentos de direitos humanos e provisões da Constituição dos Estados Unidos afetando o comércio indígena, a questão de que o Tribunal teve de abordar “é se as afirmadas proteções legais são importadas a um padrão mínimo de proteção devido a investimentos estrangeiro sob direito costumeiro internacional e, assim, sob o Artigo 1105”.

O Tribunal concluiu que o padrão de tratamento justo e igualitário do Artigo 1105, que é um padrão de direito costumeiro internacional, não traz outras proteções legais que possam estar disponíveis aos investidores em outras fontes de direito. Assim, o Tribunal rejeitou o terceiro pleito.

(4) O Quarto Pleito sob o Artigo 1105:

O Tribunal rejeitou o quarto pleito, que alegava que a promulgação de leis nos estados sobre depósito em garantia sob o MSA constitui negativa de justiça sob o Artigo 1105 do NAFTA.

O Tribunal entendeu que, sob o direito costumeiro internacional e decisões anteriores de Tribunais NAFTA, a negativa de justiça abarca a falha do sistema jurídico do Estado Receptor em garantir due process a estrangeiros. O Tribunal também entendeu que as alegações dos Demandantes sobre a promulgação de leis de depósito em garantia são barradas pelos Artigos 1116(2) e 1117(2) do NAFTA. E, portanto, o pleito está fora da jurisdição do Tribunal.

O Tribunal rejeitou o pleito do Artigo 1105 relacionado a Arthur Montour, pois ele não alegou estar sujeito a negativa de justiça e que seu tratamento pelas cortes dos Estados Unidos estaria em desconformidade com o Artigo 1105, apesar de ele ter se envolvido em vários processos judiciais nos Estados Unidos.

3. *Decisão*

O Tribunal decidiu que não possuía jurisdição sobre os pleitos de Grand River, Jerry Montour e Kenneth Hill porque estes Demandantes não tinham um investimento nos Estados Unidos e, portanto, não preenchiam os requisitos jurisdicionais de um pleito sob o Artigo 1101 do NAFTA. O Tribunal também rejeitou os pleitos de Arthur Montour na sua totalidade vez que as condutas do Demandando não envolveram qualquer violação dos Artigos 1102, 1103, 1105 ou 1110 do NAFTA. O Tribunal concluiu que cada Parte deveria arcar com os próprios custos e com metade dos custos e despesas do procedimento.