



**School of International Arbitration**

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

# International Arbitration Case Law

*Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola  
Loukas Mistelis\**

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

**V.**

**CARGILL, INCORPORATED**

**(2011 ONCA 622) – CORTE DE APELAÇÃO DE ONTÁRIO**

Relatório do Caso por Amal Bouchenaki\*\*

Editado por Mona DAVies \*\*\*

Revisado por Ileana M. Smeureanu \*\*\*\*

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

---

Decisão da Corte de Apelação de Ontário, de 04 de outubro de 2011, rejeitando o recurso dos Estados Unidos Mexicanos contra a decisão da Corte Superior de Ontário que negou pedido de anulação de sentença arbitral do NAFTA, favorável ao investidor estadunidense Cargill: parâmetros de revisão de sentenças arbitrais NAFTA no Canadá; jurisdição de tribunais arbitrais para conceder indenizações baseadas em perdas sofridas pelo investidos no seu próprio país de origem

**Decisão da Corte de Apelação:** Fieldman J.A.

**Advogado do Demandante:** Patrick Foy, Q.C.

**Advogados do Demandado:** John Terry com o auxílio de Jeffrey W. Sarles (Mayer Borwn, Chicago).

**Tribunal NAFTA:** Dr. Michael C. Pryles (Presidente), Proferror David Caron, Professor Donald M. McRae.

\* Os Diretores podem ser contactados por e-mail nos seguintes endereços:  
ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com e  
loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.coms.

\*\* Amal Bouchenaki é advogada na sede de Nova York do escritório Gibson Dunn & Crutcher. Ela é membro das associações de advogados de Paris e da Califórnia. Amal Bouchenaki pode ser contata em [abouchenaki@gibsondunn.com](mailto:abouchenaki@gibsondunn.com)

\*\*\* Mona Davies é Diretora Assistente do International Arbitration Case Law (IACL).

\*\*\*\* Dr. Ileana M Smeureanu é advogada associada da sede de Paris do escritório Jones Day LLP. Ileana é membro das associações de advogados de Bucareste e Nova York. Ela pode ser contata em [ismureanu@jonesday.com](mailto:ismureanu@jonesday.com)

\*\*\*\*\* Elis Wendpap é advogada, mestranda em International Legal Studies pela New York University. Pode ser contata pelo e-mail [ewendpap@gmail.com](mailto:ewendpap@gmail.com)

## 1. *Fatos do Caso*

1.1 Em 04 de outubro de 2011, a Corte de Apelação de Ontário rejeitou recurso dos Estados Unidos Mexicanos para anular sentença arbitral de US\$ 77.329.240,00, proferida em 18 de setembro de 2009<sup>1</sup> e favorável a Cargill, Incorporated.

### a. **A Sentença Arbitral Cargill v. Estados Unidos Mexicanos**

1.2 A empresa estadunidense de alimentos, Cargill, Inc., arguiu com sucesso perante um tribunal arbitral NAFTA, constituído sob o Capítulo 11 do Tratado Norte Americano de Livre Comércio (“NAFTA”), que o México teria interferido em seu investimento. O modelo de negócios da Cargill no México era de manufaturar nos Estados Unidos e exportar para o México xarope de milho rico em frutose (“HFCS”, do inglês *high fructose corn syrup*). Cargill estabeleceu uma subsidiária mexicana, Cargill de México (“CdM”), para distribuir o HFCS no México.

1.3 HFCS é um adoçante particularmente usado na indústria de refrigerantes. Sendo o “segundo maior consumidor de refrigerantes do mundo *per capita*”<sup>2</sup>, o México buscou proteger sua indústria de cana de açúcar proferindo inúmeras medidas voltadas à importação de HFCS no México. Mais especificamente, em razão do aumento das dificuldades na indústria açucareira mexicana, o México aplicou um imposto de 20% sobre a importação de todos os produtos contendo outros adoçantes que não o da cana de açúcar. Ademais, mesmo depois de removido o imposto, o governo mexicano continuamente negou permissões de importação à Cargill.

1.4 O tribunal arbitral concluiu que ao impor um imposto sobre refrigerantes contendo HFCS e ao emitir permissões de importação o México descumpriu com

---

<sup>1</sup> *Cargill, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID ARB(AF)(05/02) (“Cargill”).

<sup>2</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622, em §6.

os Artigos 1102 (tratamento discriminatório), 1105 (tratamento injusto e desigual) e 1106(3) (requisito de execução) do NAFTA. O tribunal conferiu danos à Cargill de US\$77.329.240,00, dos quais pouco mais de \$36 milhões eram “danos ao capital”, correspondentes a “perdas nas vendas de produtos manufaturados pela Cargill nos Estados Unidos”<sup>3</sup>.

#### **b. A Impugnação à Jurisdição do Tribunal Arbitral apresentada pelo México perante a Corte Superior de Ontário**

- 1.5 Sendo que o local da arbitragem era Toronto, Ontário, o México ajuizou pleito de anulação da sentença arbitral perante a Corte Superior de Ontário. O México alegou que ao sentenciar “indenização por danos ao capital” de US\$36.166.885,00, o tribunal arbitral extrapolou sua jurisdição. O México considerou que enquanto o tribunal tinha autoridade para proferir sentença indenizatória baseada nas perdas sofridas pelas CdM, não cabia à sua jurisdição proferir indenização decorrente das atividades produtivas da Cargill nos Estados Unidos, mesmo quando os bens produzidos eram destinados a distribuição no México pela CdM. O México requereu que a corte aplicasse um parâmetro de revisão de “correção”<sup>4</sup> ao invés de “respeito”<sup>5</sup>. O México também alegou que, porque o tribunal arbitral conferiu à Cargill maior proteção que aos investidores que escolhem estabelecer seus centros de produção e de distribuição, os

---

<sup>3</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622, em §6

<sup>4</sup> Nota da Tradutora: “correctness” não possui exata tradução para o Português. Trata-se de instituto do Direito Canadense pelo qual uma corte superior análise a decisão da corte inferior por inteiro em busca do resultado correto.

<sup>5</sup> N.T.: ao aplicar a revisão “correctness”, a corte de revisão não precisa respeitar (“deference”) a integridade da decisão da corte inferior, podendo revê-la por inteiro (diferente de casos em que a decisão só pode ser revista naquilo que desconsiderou devido processo legal, por exemplo).

entendimentos do tribunal arbitral eram inconsistentes com os objetivos do Capítulo 11 do NAFTA.

- 1.6 O juiz primário da Corte Superior de Ontário rejeitou o pleito do México de anulação da sentença arbitral<sup>6</sup> apontando que todos os membros do tribunal era “distintos especialistas”<sup>7</sup>. A Corte Superior então concluiu que deveria abordar a revisão da impugnação do México com “restrição e respeito”<sup>8</sup> e aplicar o teste da razoabilidade<sup>9</sup>. O juiz primário considerou que o tribunal arbitral foi razoável ao considerar que a limitação territorial do NAFTA não compreende as perdas advindas das filiais do México. Assim, a Corte Superior também rejeitou o argumento de que o tribunal arbitral teria criado um resultado inconsistente com os objetivos traçados no Tratado. O México apelou da decisão e os Estados Unidos e o Canadá intervieram em apoio à interpretação do Capítulo 11 do NAFTA dada pelo México, referente aos danos sofridos pelo investidor em seu país de origem.

## **2. Questões Jurídicas Abordadas na Decisão**

- 2.1 O juiz Feldman, da Corte de Apelação de Ontário, manteve a decisão da corte inferior. Foram identificados dois pontos jurídicos principais advindos do recurso do México. Primeiro, a Corte buscou definir os padrões de revisão que deveria aplicar à impugnação da jurisdição em uma sentença NAFTA (a). Segundo, a Corte de Apelação examinou, sob os padrões estabelecidos, se o tribunal arbitral tinha autoridade para remediar danos sofridos pelas instalações da Cargill nos Estados Unidos (b). O exame feito pela Corte neste segundo ponto

---

<sup>6</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 4656.

<sup>7</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 4656 §2.

<sup>8</sup> “Deference”

<sup>9</sup> *Id.*, §55.

levou à análise de se as interpretações dos Estados Partes sobre o quesito territorial no Capítulo 11 do NAFTA deveria modificar a determinação da jurisdição do tribunal arbitral para sentenciar indenização por danos ao capital (c). Por fim, os padrões de revisão definidos pela Corte de Apelação neste caso implicaram rejeição do pleito do México de que a sentença é inconsistente com os objetivos estabelecidos no artigo 102(a) do NAFTA. A Corte decidiu que sob os padrões aplicados este ponto não estava sujeito a revisão.

**a. Correctness como o Teste para Rever Decisões de Jurisdição NAFTA**

2.2 Ao decidir o recurso do México, a Corte estava ciente das críticas levantadas contra a revisão de sentenças NAFTA por cortes canadense e fez referência expressa<sup>10</sup> à publicação<sup>11</sup> de Henri Alvarez sobre o assunto<sup>12</sup>. A Corte de Apelação de Ontário reconheceu uma “impugnação para uma corte de revisão navegar a tensão que existe entre o desencorajamento das cortes para intervir por um lado, e pelo outro, o mandato estatutário das cortes de rever excesso jurisdicional”<sup>13</sup>. Enquanto claramente tentou introduzir um parâmetro mais

---

<sup>10</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622, em §29.

<sup>11</sup> Henri C. Alvarez, *Judicial Review of NAFTA Chapter 11 Arbitral Awards*, in *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, IAI Series No. 7, pp. 103-171 (“Alvarez”).

<sup>12</sup> A avaliação de Alvarez das revisões de sentenças NAFTA por cortes canadenses é severa. Ele considera que, exceto pelo caso *Estados Mexicanos v. Metalclad* (Alvarez, 108-11), as cortes canadenses ainda não aplicaram um “parâmetro de revisão claro e articulado”(Id., p. 153). Henri Alvarez aponta que os casos canadenses posteriores ao Metalclad, inclusive *Canada v. S.D. Myers* (id., p. 126), importaram padrões domésticos de revisão que não foram incluídos no Artigo 34(2)(a)(iii) da Lei Modelo da UNCITRAL (“Lei Modelo”. Alvarez então critica a decisão do juiz primário no caso Cargill por perpetuar “a confusão criada pela abordagem inconsistente das cortes do parâmetro de revisão de sentenças arbitrais NAFTA”(Id., p. 155). Henri Alvarez considera que assim como a Suprema Corte da Colúmbia Britânica em Metalclad, as cortes canadenses deveriam evitar conceito de “erro de jurisdição” e “excesso de jurisdição”, usados no contexto da lei doméstica, e limitar a revisão aos padrões estabelecidos nos Artigos 5 e 34 da Lei Modelo (Id., p. 122).

<sup>13</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622 em §48.

objetivo e previsível de revisão, a Corte pareceu relutante em abandonar terminologias como “excesso de jurisdição” ou “erro de jurisdição”. Similar aos casos canadenses revistos anteriormente, a Corte de Apelação começou a análise com o Artigo 34(2) da Lei Modelo, e reafirmou o “alto grau de respeito<sup>14</sup>” das cortes canadenses conferido a tribunais arbitrais internacionais<sup>15</sup>. Em especial, a Corte voltou-se ao Artigo 34(2)(a)(iii), que é aplicado quando “a sentença refere-se a uma disputa ... não abarcada pelos termos de submissão à arbitragem, ou que contém decisões em questões para além dos limites da submissão à arbitragem ...”.

2.3 Para definir os teste sobre se o árbitros excederem os limites do acordo de arbitragem, a Corte entendeu como “instrutiva” a decisão inglesa *Dallah v. Paquistão*<sup>16</sup>. A Corte apontou, em particular, que em *Dallah* o Lord Mance não atribuiu valor “legal ou probatório” às conclusões do tribunal sobre sua própria jurisdição, a despeito da eminência painel arbitral, e a despeito de se Londres era ou não o local da arbitragem. A corte *Dallah* considerou que deveria “re-acessar”, “de novo”<sup>17</sup>, a determinação do tribunal arbitral sobre sua jurisdição.

2.4 A Corte de Apelação reconhece a diferença entre os parâmetros de revisão do Artigo 34(2) da Lei Modelo UNCITRAL e do Artigo V da Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitral Estrangeiras, refletido de modo geral na Lei de Arbitragem inglesa de 1996. Todavia, o juiz de apelação colocou em paralelo o teste de correção<sup>18</sup> da lei administrativa

---

<sup>14</sup> “Deference”

<sup>15</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622, em §33.

<sup>16</sup> *Dallha Real Estate and Tourism Holding Co. v. Ministério de Assuntos Religiosos do Governo do Paquistão*, [2011] 1 A.C. 763.

<sup>17</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622, em §37,38.

<sup>18</sup> “Correctness”

canadense como uma “variante” da revisão com nova decisão<sup>19</sup> da corte *Dallah* da determinação de jurisdição de um tribunal arbitral por si próprio. A Corte de Apelação em *Cargill* entende que o teste de correção<sup>20</sup> apropriado e necessário de modo a acessar se os árbitros “expandiram sua jurisdição ao incorretamente interpretar a submissão ou o NAFTA, mesmo que a interpretação poderia ser vista como uma razoável”<sup>21</sup>. Partindo da análise de Henri Alvarez, a Corte entende que o teste de correção<sup>22</sup> é consistente com ambos *Metalclad* e *S.D. Myers*.

2.5 A Corte insiste, porém, que antes de conduzir um escrutínio de correção como nova decisão da conclusão de um tribunal arbitral, uma corte deve ter certeza de que a questão sob revisão é verdadeiramente jurisdicional. A Corte reconhece que distinguir questões jurisdicionais de não-jurisdicionais constitui um desafio a mais para as cortes de revisão. Isto sugere uma abordagem em três passos: primeiro, circunscrever a natureza da decisão arbitral perante a corte de revisão; segundo, determinar se o ponto decidido pelos árbitros está dentro da submissão à arbitragem sob o Capítulo 11; e terceiro, estabelecer se havia “algo no NAFTA, devidamente interpretado, que impediria o tribunal de proferir a sentença que proferiu”<sup>23</sup>.

#### **b. A Revisão pela Corte de Apelação da Sentença de Indenização por Danos ao Capital de Cargill**

2.6 A impugnação do México envolvia principalmente a extensão e as consequências da de limitação territorial em proteger investimento sob o Capítulo 11. México,

---

<sup>19</sup> “Revisão com nova decisão” ou “revisão *de novo*” vem do instituto da common law de “de novo revision”, que significa decidir o caso novamente, desconsiderando a decisão da corte inferior.

<sup>20</sup> “Correctness”.

<sup>21</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622, em §41.

<sup>22</sup> “Correctness”.

<sup>23</sup> *Id.*, §52.



junto com Canadá e Estados Unidos como intervenientes, considerou que o tribunal *Cargill* não tinha base para diferenciar da decisão do tribunal *Archer Daniels Midland Company & Tate & Lyle Ingredients America, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos* (“AMD”)<sup>24</sup>. Em *ADM*, o tribunal entendeu que não tinha jurisdição para conferir aos investidores “perda de lucros em HFCS que eles teriam produzido nos Estados Unidos e exportado para o México ... como se as perdas não tivessem sido sofridas na condição de investidores”<sup>25</sup>. Do mesmo modo, México, Canadá e Estados Unidos alegaram que o Capítulo 11 juridicamente exclui perdas sofridas pelas instalações produtivas da *Cargill US* do âmbito de uma sentença arbitral de danos resultantes das barreiras alfandegárias do México.

2.7 O tribunal *Cargill* rejeitou a posição do México sobre o âmbito da limitação sob o Capítulo 11. Ele entendeu que, diferentemente de *Artur Daniels Midland e Tate & Lyle*, que estabeleceram instalações de produção de HFCS no México além de suas filiais de distribuição, o investimento da *Cargill* era estruturado de tal forma que *CdM* era apenas a filial de distribuição. O tribunal considerou que, nestas circunstâncias, a análise em *Pope & Talbot v. Canadá*<sup>26</sup> era mais pertinente para a definição do investimento de *Cargill* que as conclusões do tribunal em *ADM*. Em *Poe & Talbot*, o tribunal considerou que “os verdadeiros interesses em disputa são a base de ativos do investimento, o valor do qual é amplamente dependente no seu negócio de exportação”<sup>27</sup>. O tribunal *Cargill* conclui que, consistente com a análise de *Pope & Talbot*, o retorno das atividades das instalações estadunidenses

---

<sup>24</sup> *AMD v. Estados Unidos Mexicanos*, caso ICSID ARB(AF)/04/05.

<sup>25</sup> *AMD v. Estados Unidos Mexicanos*, §274.

<sup>26</sup> *Pope & Talbot Inc. v. Governo do Canadá*, Sentença Parcial de 26 de junho de 2000.

<sup>27</sup> Citado em *Cargill*, §356.

da Cargill eram “tão conectadas com os ativos físicos no país receptor e não meramente o comércio de produtos” que fez da receita das instalações estadunidenses da Cargill “um elemento de grande investimento e um investimento em e de si próprio ...”<sup>28</sup>.

2.8 Para avaliar a impugnação do México e a significância da conclusão jurisdicional de *ADM*, a Corte de Apelação primeiro responde à questão de se o tópico sob escrutínio é jurisdicional em sua natureza. A Corte concordar com o juiz da corte inferior “que a submissão do México busca expandir a questão jurisdicional para áreas além do mérito do caso”. A Corte nota que a limitação territorial do Capítulo 11 do NAFTA se aplica apenas à definição de investimento, não à compensação do investidor. Na análise da Corte sobre o Artigo 1139 do NAFTA, o único requisito expresso referente à compensação é causalidade: o tribunal só pode conferir compensação por perdas sofridas por um investidor resultantes de quebra das barreiras alfandegárias do México. Assim, a Corte entende que a determinação de se “a perda de capacidade das instalações estadunidenses da Cargill constituem danos em razão de, decorrentes, descumprimentos do México ... é uma questão essencial para a expertise do tribunal, mais do que um tópico de jurisdição”<sup>29</sup>.

2.9 Como resultado, a Corte considera que rever a distinção do tribunal *Cargill* para o *ADM* implica analisar o mérito da decisão dos árbitros, o que a Corte se recusa a fazer. Sob os parâmetros de revisão da Corte para sentenças NAFTA, uma vez que a corte de revisão determina que a sentença indenizatória não é uma questão de jurisdição sob o no NAFTA, não deveria ser novamente avaliado se o tribunal

---

<sup>28</sup> *Cargill*, §522.

<sup>29</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622, em §72.

arbitral estava correto na sua sentença indenizatória. A Corte, portanto, limita sua revisão a meramente notar que o tribunal arbitral baseou-se em testemunha técnica para determinar se as perdas ao capital resultaram de descumprimento do Capítulo 11 por parte do México. Porém, porque reconheceu uma obrigação no NAFTA de interpretar o Tratado à luz de seus objetivos e contexto, a Corte concluiu que também deveria estar satisfeita que as conclusões do tribunal *Cargill* estavam corretas à luz das interpretações dos Estados Parte do NAFTA acerca dos termos do Tratado.

### **c. O Teste de Correção Aplicado à Luz das Interpretações dos Estados Partes sobre o Quesito de Territorialidade do Capítulo 11**

- 2.10 A Corte conduziu sua análise na sentença indenizatória do tribunal arbitral com base no Artigo 1131 do NAFTA. O Artigo 1131 determina que os tribunais decidam disputas no NAFTA em conformidade com o NAFTA e com as normas aplicáveis de direito internacional. A Corte então considerou que ao interpretar os dispositivos do NAFTA, o tribunal *Cargill* teria que adimplir com a *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (a “Convenção de Viena”) e conferir peso às previsões expressas do NAFTA e ao seu contexto e objetivo.
- 2.11 Com relação ao quesito de territorialidade do Capítulo 11, Canadá e Estados Unidos submeteram que eles concordavam que “danos compensáveis são somente aqueles sofridos no território da Parte onde o investimento está localizado”<sup>30</sup>. Porém, a Corte entendeu que tal acordo não é “uma posição comum, clara, bem compreendida e acordada”<sup>31</sup> dos Estados Partes. Por aplicação do Artigo 31 da Convenção de Viena, se houve uma posição comum

---

<sup>30</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622, em §79.

<sup>31</sup> *Id.*, §84.

clara, o tribunal *Cargill* deveria aceitá-la como um limite à sua jurisdição para conferir indenização às instalações estadunidenses da *Cargill*.

- 2.12 Todavia, na perspectiva da Corte, a posição comum dos Estados Partes é que o Capítulo 11 deve compensar um investidor das perdas que “o afetaram como um investidor no investimento”<sup>32</sup>. A Corte não encontrou uma interpretação clara e comum que estenderia a limitação territorial à definição de investimento protegido, para compensação por perdas causadas a tal investimento. A Corte concluiu que as posições dos Estados Partes sobre as questões de investimentos protegidos e compensação são bem compreendidas e aplicadas pelo tribunal arbitral *Cargill*. Deste modo, a corte decidiu que “não houve erro de jurisdição”<sup>33</sup>.

### 3. Decisão

A Corte de Apelação de Ontário manteve a decisão da Corte inferior de recusar a anulação da sentença *Cargill*. Ao fazer isto, buscou esclarecer o parâmetro de revisão que a corte inferior deveria ter aplicado. A Corte de Apelação entendeu que, para chegar a esta conclusão, a Corte Superior de Ontário deveria ter primeiro examinado se que questão sob análise era verdadeiramente de jurisdição e, se sim, deveria ter aplicado o teste de correção<sup>34</sup> e não de razoabilidade. A Corte também decidiu que o tribunal arbitral *Cargill* estava correto ao concluir que o NAFTA não impõe limite territorial à sentença indenizatória no Capítulo 11, mesmo considerando a interpretação do NAFTA pelos Estados Partes. A Corte entendeu que, por outro lado, a determinação pelo tribunal dos danos ao capital conferidos às instalações produtivas

---

<sup>32</sup> *Estados Unidos Mexicanos v. Cargill, Incorporated*, 2011 ONCA 622, em §82.

<sup>33</sup> *Id.*, §84.

<sup>34</sup> “Correctness”

estadunidenses da Cargill não constituiu uma objeção à jurisdição e, assim, não estava sujeita a revisão e correção decidindo o caso novamente<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> “De novo correctness”.