



CONSIDERATIONS ON THE BEST PRACTICES UNDER THE TRANSNATIONAL LAW APPROACH

REFLEXÕES SOBRE AS MELHORES PRÁTICAS À LUZ DO DIREITO TRANSNACIONAL

Luciana P. Braga*; Elisdíney S. T. Da Frota**

Copyright 2018, Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis - IBP

Este Trabalho Técnico foi preparado para apresentação na Rio Oil & Gas Expo and Conference 2018, realizada no período de 24 a 27 de setembro de 2018, na cidade do Rio de Janeiro. Este Trabalho Técnico foi selecionado para apresentação pelo Comitê Técnico do evento, seguindo as informações contidas no trabalho completo submetido pelo(s) autor(es). Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis, Sócios e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho Técnico seja publicado nos Anais da Rio Oil & Gas Expo and Conference 2018.

Resumo

O presente artigo discorre sobre as melhores práticas, apresentando a conceituação da doutrina sobre esse instituto, caracterizando os autores que as elaboram e apontando sua previsão na legislação e nos contratos para outorga de direitos de exploração e produção brasileiros. São expostas algumas reflexões sobre sua interpretação jurídica, confrontado a Teoria Pura do Direito de Kelsen com a Teoria do *Droit en Reseaux* de F. Ost e M. Kerchove, tomando esta como base para considerar o Direito Transnacional do Petróleo como o ramo adequado para a análise das melhores práticas. Por fim se ressalta a importância de os reguladores estarem atualizados sobre as melhores práticas, para que possam exigir sua aplicação, atendendo assim o ditame legal da Lei da Partilha.

Palavras-chave: Indústria do Petróleo, Melhores Práticas, Autorregulação, *Droit en Reseaux*, Direito Transnacional

Abstract

The present article discusses the best practices of Petroleum Industry, presenting the doctrine definition for this expression, characterizing the authors who elaborate them and pointing out their legal provisions in Brazilian regulatory framework. Some considerations are carried out on the legal interpretation of the best practices, confronting Pure Theory of Law by Kelsen with the Theory of *Droit in Reseaux* by F. Ost and M. Kerchove. The last one is taken as basis to consider the Transnational Law of Petroleum as the suitable area for best practices analysis. Finally, it is highlighted the importance of keep ANP's regulators updated on the best practices, in order to monitoring their application and complying with the legal provision of the PSA Law.

Keywords: Petroleum Industry, Best oilfield practices, Auto-regulation, *Droit en Reseaux*, Transnational Law

1. Introdução

O petróleo, significando neste artigo óleo e gás, é a principal fonte de energia primária da matriz energética desde a Segunda Guerra Mundial (Pinto Jr, 2016). Em 2016, segundo o World Energy Outlook de 2017 (WEO) da International Energy Association (IEA) o petróleo atendeu cerca de 53% da demanda por energia primária global. O petróleo garante a mobilidade, a infraestrutura e

* Doutoranda em Economia no laboratório GAEL, Université Grenoble-Alpes. Analista na ANP

** Mestre em Geologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Regulação na ANP

a alimentação da sociedade moderna, já que é utilizado como insumo básico nas produções de combustíveis, petroquímicos e fertilizantes. Considerando todos os meios de transporte – terrestre, aéreo e marítimo - o petróleo representou 92% do total de energia necessária para seus combustíveis em 2016. No mesmo ano, o óleo e o gás forneceram 27% da energia exigida para a geração mundial de eletricidade (IEA, 2017). Petroquímicos, usados para produzir plástico, resinas e fibras, são componentes essenciais na produção de mercadorias. Estas tendem a usar cada vez mais plástico, em substituição ao metal e à madeira. O uso de fertilizantes tem um papel relevante, já que contribui para o aumento da produtividade na produção agrícola. Assim, o petróleo é o motor do século XXI, essencial para o funcionamento contínuo da economia global (SZKLO, 2008; BAGHERI e MININ, 2015).

Entretanto, em 2016 entraram em vigor a ‘Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável’ e o ‘Acordo de Paris’, sinalizando o contexto atual de transição para uma economia de baixo carbono. Sendo assim, é de se esperar o incremento das exigências ambientais e esforços crescentes de forma a substituir os combustíveis fósseis, o que poderá levar à redução da demanda por petróleo. A previsão da IEA, em um cenário que considera a implementação da Agenda 2030 e do Acordo de Paris – cenário de Desenvolvimento Sustentável – indica o declínio da demanda por óleo e gás como fonte de energia primária após 2025, apesar desses recursos ainda manterem sua posição principal até 2040.

A produção de petróleo pela área do Pré-sal deve colocar o Brasil entre os oito principais produtores mundiais de óleo em 2040 segundo as projeções do WEO de 2017 da IEA que considera a implementação de novas políticas, sem contar com a implementação da Agenda 2030. Todavia, considerando que a área do Pré-sal tem grande sensibilidade ambiental, por estar em alto-mar, é preciso que a regulação referente à proteção ambiental esteja cada vez mais alinhada às melhores práticas da Indústria do Petróleo. Além disso, a regulação também precisa ser atrativa aos investimentos no setor de *upstream*, visando descobrir novas reservas de forma a compensar a queda de produção de campos maduros e suprir a demanda adicional prevista pela IEA. Segundo os dados do World Oil Outlook da OPEP de 2017, o nível de investimentos caiu radicalmente desde o fim de 2014, acompanhando a queda do preço do petróleo. Com a retomada do preço do petróleo em 2017, os dados preliminares deste ano indicam uma recomposição do nível dos investimentos neste setor. A IEA estima investimentos de aproximadamente \$5.8 trilhões entre 2017 e 2040, mesmo no cenário de Desenvolvimento Sustentável.

Tendo em vista a projeção de destaque do Brasil na produção de óleo para os próximos anos, é imprescindível que a regulação brasileira para a sua Indústria do Petróleo seja eficiente, resguardando os objetivos da política energética nacional, gerando riqueza para a geração atual e para as futuras, preservando o meio ambiente e os direitos sociais, mas também propiciando a atratividade aos investimentos das empresas privadas investidoras. Como lembra Ribeiro (2012), é preciso garantir os investimentos, minimizando os riscos. Assim, a exigência do cumprimento das melhores práticas da Indústria do Petróleo nas operações petrolíferas brasileiras pode contribuir para atingir o objetivo de eficácia em sua regulação e garantir os investimentos, minimizando os riscos.

Este estudo tem por objetivo trazer uma reflexão, sob a ótica do Direito Transnacional, sobre as melhores práticas, apresentando a conceituação da doutrina sobre esse instituto, caracterizando seus autores, apontando sua previsão na legislação e nos contratos para outorga de direitos de exploração e produção brasileiros, e trazendo reflexões sobre sua interpretação jurídica à luz do Direito Transnacional e seu cumprimento.

2. O que seriam as melhores práticas da indústria do petróleo?

Duval et al (2009) conceitua as melhores práticas como “aquelas práticas e procedimentos adotados na indústria do petróleo, em todo mundo, por operadores diligentes e prudentes em

condições e circunstâncias similares, em relação a fatores como a conservação de recursos petrolíferos, segurança operacional e proteção ambiental.”¹

As melhores práticas são, segundo Garcia (2015), uma forma dos países evitarem o risco de atrasos na atualização de sua legislação frente aos avanços tecnológicos da indústria, passando aos operadores a obrigação de se informar e adotar as práticas mais avançadas em relação a questões como segurança, saúde, proteção ambiental e eficiência operacional. Assim, os Estados transferem aos operadores a responsabilidade regulatória e operativa sobre algumas questões, visto que estes, por terem geralmente uma atuação global, acessam melhor as informações do setor.

Para Garcia (2012), tais práticas são materializadas nas formas de modelos contratuais, padrões da indústria e modelos de alocação de riscos. Smith et al (2010) ainda adicionam os códigos de conduta, elaborados pelas empresas, associações dos profissionais da indústria ou organizações internacionais.

Para Martin (2010) os modelos contratuais visam padronizar os termos adotados em certos tipos de acordos usados nas transações petrolíferas, buscando atingir eficiência e reduzir os custos de negociação. Este autor ressalta que, tendo em vista a alta complexidade da indústria e os altos custos exigidos para o investimento, as empresas do *upstream* buscam benefícios mútuos ao se organizarem na forma de associações profissionais. Isto porque a padronização de contratos gera estabilidade nas relações contratuais e redes de parcerias econômicas (F. Ost e M. Kerchove, 2002).

Um exemplo de contrato modelo é o *Joint Operating Agreement*, elaborado pelo *International Energy Committee da American Corporate Counsel Association (ACCA)* e pela *Association of International Petroleum Negotiators (AIPN)*, que estabelece as regras de parceria entre empresas consorciadas para as operações de exploração e produção em determinada área. Segundo Ribeiro (2013) o JOA é um verdadeiro código normalizador das condutas no setor. Outros exemplos são o *Unitization Agreement*, para regular as parcerias advindas de acordos de individualização da produção² e o *Farmout Agreement*, adotado para estabelecer as regras de uma compra e venda de direitos de exploração e produção parcial ou integral³, ambos elaborados pela AIPN.

Os padrões da indústria, segundo Garcia (2012), são desenvolvidos por operadores, associações profissionais como a *American Petroleum Institute (API)* e até mesmo por alguns reguladores como a *Petroleum Safety Authority of Norway (PTLI)*. O objetivo de se adotar tais padrões é garantir a difusão das melhores técnicas operacionais adotadas pela indústria, na forma de equipamentos ou serviços, nas áreas de segurança, saúde e proteção ambiental. Garcia (2012) cita que em 2010 a *International Association of Oil and Gas Producers (OGP)* havia estimado a existência aproximada de 600.000 padrões da indústria, no entanto apenas 5.180, provenientes de 131 organizações, apresentavam referências em especificações técnicas internas de sete das maiores operadoras.

Sobre os modelos de alocação de risco, Garcia (2012) afirma que a padronização é resultante da incorporação frequente deste tema em contratos celebrados pelos atores da indústria. Exemplos destes modelos são o “*safety case*”, adotados pelos operadores e reguladores estatais para gerenciar riscos visando prevenir acidentes, e o “*knock-for-knock*” que visa delimitar as responsabilidades entre os operadores e empresas de serviço.

F. Ost e M. Kerchove (2002) definem os códigos de boa conduta como um produto da autorregulação desenvolvido pelas empresas em uma tentativa de preencher as lacunas do direito empresarial, visando a melhor separação da gestão e do controle e a proteção dos acionistas minoritários. J. Weaver (Duval et al, 2009) aborda os códigos de conduta relacionados à proteção ambiental, relatando que estes refletem o esforço de muitas associações profissionais da indústria em

¹ Tradução livre do texto : « those practices and procedures employed in the petroleum industry worldwide by prudent and diligent operators under similar conditions and circumstances, having regard to factors such as conservation of petroleum resources, operational safety and environmental protection.»

² Para mais informações: Palmeira Braga, Luciana, and Olavo Bentes David. “Why the Unitization Process Is an Important Issue When Dealing with the Brazilian Pre-Salt Polygon.” *The Journal of World Energy Law & Business* 11, no. 1 (March 1, 2018): 17–33.

³ Para mais informações : Lowe, John S. “Analyzing Oil and Gas Farmout Agreements.” *Southwestern Law Journal* 41 (1988 1987): 759.

elaborar regras para serem adotadas internacionalmente no setor, suprindo a ausência de uma “*hard law*” internacional, estatutos nacionais ou previsões contratuais sobre o tema.

Para F. Ost e M. Kerchove (2002) estas práticas padronizadas dão origem ao direito privado de transações econômicas transnacionais, também denominado *lex mercatoria*. A ramificação desse direito para a Indústria do Petróleo seria a *lex petrolea*, cuja existência é defendida por parte da doutrina (Garcia, 2012, De Jesus, 2012) e criticada por outra parte (Daintith, 2017).

3. Quem elabora as melhores práticas?

Como citado na seção anterior, as melhores práticas são elaboradas por empresas, associações profissionais, organizações internacionais e até mesmo entidades reguladoras.

As empresas podem ser as internacionais (*International Oil Companies – IOCs*), estatais (*National Oil Companies – NOCs*) ou as prestadoras de serviço com atuação transnacional e que operem de forma diligente e prudente.

As associações profissionais são constituídas por estas empresas na defesa de interesses comuns, tais como a busca de maior eficiência nas transações petrolíferas, justificando a elaboração dos modelos contratuais. Como exemplos destas associações, além das citadas na seção anterior, Martin (2010) cita: *International Association of Oil and Gas Producers (OGP)*, *United Kingdom Offshore Operators Association (UKOOA)*, *International Association of Drilling Contractors (IADC)*, *Association of Oilwell Drilling Contractors (CAODC)*, *International Association of Geophysical Contractors (IAGC)*, *Petroleum Equipment Suppliers Association (PESA)*, *Petroleum Services Association of Canada (PSAC)*, *American Association of Petroleum Landmen (AAPL)*, *Canadian Association of Petroleum Landmen (CAPL)*, *Petroleum Joint Venture Association (PJVA)*, *Rocky Mountain Mineral Law Foundation (RMMLF)*, *Council of Petroleum Accountants Societies (COPAS)*, *Petroleum Accountants Society of Canada (PASC)*.

As organizações internacionais são arenas de cooperação perene entre Estados soberanos, criadas pela vontade destes para tratar de diversos assuntos. As decisões, após um consenso, são materializadas geralmente na forma de tratados (Lagrange e Sorel, 2013). Algumas organizações internacionais se destacam na elaboração de melhores práticas para a Indústria do Petróleo, entre elas as Nações Unidas, com destaque para as normas emanadas por sua agência especializada *International Maritime Organization (IMO)* para as operações *offshore* e a *United Nations Convention on the Law of the Sea* de 1982 (UNCLOS) que, de acordo com Weaver se baseou quase inteiramente nos costumes praticados antes da sua codificação (Duval et al, 2009); o Banco Mundial e a *Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)* cujos códigos de conduta são adotados amplamente pela Indústria (Garcia, 2015).

As agências reguladoras, ao elaborarem os contratos de exploração e produção, também chamados *International Petroleum Agreements (IPAs)*, e procedimentos de monitoramento e fiscalização, fazem comparações entre si, trocam informações, se copiam e se padronizam (Garcia, 2015). Para Gilardi (Carlsnaes et al, 2012) a influência da regulação de um país em outro, é cada vez mais frequente, representando a difusão transnacional de política por meio de processos como: coersão, em que o acesso a um benefício é condicionado à implementação de determinada política; competição, quando países competem por um benefício, como os investimentos privados por exemplo; aprendizado ou *benchmark*⁴, quando os Estado buscam boas práticas em regulações similares; emulação, quando a adoção de uma política ocorre para atender às demandas da comunidade internacional, como por exemplo o direito do voto para mulheres. Esse autor conclui que se uma política é bem sucedida em um país, ela é copiada por outros.

⁴ Entre 2007 e 2008 a ANP realizou viagens técnicas com o objetivo de fazer um benchmark dos modelos de licitação de E&P adotados por outras agências reguladoras. Uma dessas viagens é relatada no artigo: Braga, L.P. e Ferreira S.S. Peru e Brasil: uma análise comparativa dos modelos de licitação de E&P adotados por esses países. Rio Oil & Gas 2006.

4. Como as melhores práticas estão inseridas no nosso ordenamento jurídico?

A regulamentação petrolífera brasileira faz menção às melhores práticas desde a publicação da Lei do Petróleo. A Lei da Partilha deu-lhes um papel de destaque ao determinar a obrigação da ANP cobrar o seu cumprimento. Os contratos de E&P adotados no Brasil, em suas três espécies (concessão, partilha de produção e cessão onerosa) também fazem diversas menções às melhores práticas.

A Lei do Petróleo prevê que o contrato estabelecerá como obrigação do concessionário *“adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive quanto às técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas.”*

A Lei da Partilha traz a mesma previsão, mas a restringe ao operador do contrato. No entanto, inova ao acrescentar ao rol de competências da ANP a obrigação de *“fazer cumprir as melhores práticas da indústria do petróleo”*.

O contrato de concessão mais recente, publicado na 15ª Rodada, faz mais de vinte referências às melhores práticas. Este contrato exige a adoção das melhores práticas na condução de todas as operações, fazendo menções explícitas ao programa exploratório mínimo; às atividades de desenvolvimento, destacando a delimitação da área de desenvolvimento e a elaboração do plano de desenvolvimento; à fase de produção, à perfuração e abandono de poços; à queima de gás natural; à desativação das instalações. Exige ainda a observação dessas práticas na contratação de pessoal; no cumprimento do conteúdo local; na gestão da segurança e meio ambiente; nos procedimentos de resposta à emergências e estudos de análise de risco e para o monitoramento das atividades que envolvam riscos operacionais, ambientais ou à saúde humana. Este contrato também registra o compromisso da ANP em seguir às melhores práticas no exercício do seu poder discricionário.

O contrato de partilha da produção mais recente, publicado na 4ª Rodada, faz as mesmas referências e acrescenta o compromisso da PPSA, como gestora do contrato de partilha, em atuar conforme as melhores práticas da Indústria do Petróleo.

Ambos contratos trazem uma definição detalhada e extensa das melhores práticas, que reproduzimos a seguir:

Os melhores e mais seguros procedimentos e tecnologias disponíveis na indústria de Petróleo e Gás Natural em todo o mundo, que permitam: (i) garantir a segurança operacional das instalações, preservando a vida, integridade física e saúde humana; (ii) preservar o meio-ambiente e proteger as comunidades adjacentes; (iii) evitar ou reduzir ao máximo os riscos de vazamento de petróleo, gás natural, derivados e outros produtos químicos que possam ser prejudiciais ao meio ambiente; (iv) a conservação de recursos petrolíferos e gasíferos, o que implica a utilização de métodos e processos adequados à maximização da recuperação de hidrocarbonetos de forma técnica, econômica e ambientalmente sustentável, com o correspondente controle do declínio de reservas, e à minimização das perdas na superfície; (v) minimizar o consumo de recursos naturais nas Operações. Para a execução das Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, os Contratados devem tomar as normas expedidas pela ANP e pelos demais órgãos públicos brasileiros como ponto de partida, incorporando padrões técnicos e recomendações de organismos e associações da Indústria do Petróleo reconhecidos internacionalmente, sempre que tais medidas aumentem as chances de que os objetivos listados acima sejam alcançados.

O contrato de cessão onerosa faz quatorze referências às melhores práticas, exigindo que estas sejam observadas nas operações de exploração, desenvolvimento, produção e no cumprimento do conteúdo local. Também está previsto neste contrato o compromisso da ANP em seguir as melhores práticas no exercício do seu poder discricionário. Como na cessão onerosa há a possibilidade de revisão dos termos contratuais, o contrato submete tal revisão à aderência às melhores práticas.

5. Como analisar as melhores práticas? Breve contextualização jurídica

Pelo acima exposto se pode perceber que as melhores práticas da Indústria do Petróleo são emanadas por atores não estatais como as operadoras, as organizações internacionais e as associações profissionais, ou mesmo por atores estatais estrangeiros, como agências reguladoras de outros países. Assim, as melhores práticas são uma expressão da autorregulação desta indústria.

Todavia, é importante lembrar que nosso sistema jurídico se apoia na Teoria Pura do Direito elaborada por Kelsen, que reconhece como integrante do ordenamento jurídico apenas as normas emanadas pelo Estado, dotadas de coação e submetidas a uma ordem hierarquizada, piramidal, contida em um sistema fechado. Nesta ordem a Constituição é a norma suprema localizada no topo, de onde se ramificam as demais normas do direito, subordinadas aos ditames constitucionais e classificadas de forma estratificada e hierarquizada. Dessa forma, as normas inferiores encontram sua validade nas normas da camada superior.

Aragão (2005), ao analisar os contratos de concessão faz uma interpretação da aplicação das melhores práticas à luz da teoria kelseniana, subordinando-as à Constituição e as leis federais, como se pode observar pelos trechos transcritos a seguir:

“Partindo-se da Pirâmide Normativa e da Teoria Gradualista de KELSEN, constatamos, por um lado, que todo ato da Administração Pública está apoiado em um ato superior - geralmente uma lei -, mas também que, por outro lado, "toda concreção de normas gerais, toda passagem de um grau superior para um grau inferior da ordem jurídica, implica preencher um vazio, respeitando os limites traçados pelas normas de grau superior.

(...)

Não poderá, reversamente, ex vi do art. 44, VI, da Lei do Petróleo, refutar a incorporação ao contrato de concessão de cláusulas que reflitam as "boas práticas internacionais da indústria do petróleo" tal como acima expostas, salvo se não houver, com base em qualquer juízo hermenêutico razoável de outros dispositivos da Lei do Petróleo e da Constituição Federal, espaço deixado para a Agência incorporá-las, seja na integração (complementação da Lei em pontos que não foram por ela especificamente tratados), seja na interpretação da Lei. Em outras palavras, as "boas práticas" só podem deixar de ser acolhidas nas concessões se forem contrárias à lei ou à Constituição.”

Todavia, considerando como são formuladas as melhores práticas e todas as suas referências no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os compromissos registrados pela ANP e pela PPSA de se submeterem a estas práticas no exercício de seu poder discricionário e na gestão do contrato de partilha, respectivamente, a teoria kelseniana se mostra insuficiente para desenvolver uma análise sobre tais práticas.

No mesmo sentido, Veronese (2013) aduz que as normas criadas privativamente, ou seja, a autorregulação como é o caso das melhores práticas, não poderiam ser consideradas como direito vigente no modelo piramidal de Kelsen, mas esse autor afirma que *“na prática elas estão tendo ampla funcionalidade como tal. Elas também estariam sendo crescentemente dotadas de legitimidade e de coercibilidade, como seria pressuposto da teoria kelseniana.”*

Sendo assim, parece mais adequado analisar as melhores práticas sob a Teoria do *Droit en Reseaux* ou Direito em Rede elaborada por F. Ost e M. Kerchove (2012), que se contrapõe à Teoria Pura do Direito, sem, no entanto, descartá-la, embora sustente sua erosão. Esta teoria parte da realidade atual, considerando o pluralismo jurídico, a multiplicidade de poderes e de instituições criadoras do direito e suas interações.

Na Teoria do Direito em Rede, a subordinação cede espaço à coordenação e à colaboração; a linearidade se relativiza, passando a ser mais circular, invertendo a ordem hierárquica das relações; a ramificação se dilui na medida em que a multiplicidade de fontes da criação do direito não é mais derivada exclusivamente de um ponto único e soberano; a imposição de regras pelo Estado é substituída pela governança, por um processo de coordenação de atores, de grupos sociais,

organizações internacionais e não-governamentais e empresas transnacionais. Para essa teoria a regulação assume um papel de destaque, pois apresenta uma gestão flexível a evolutiva, adaptativa e aberta à negociação com atores sociais. Esta teoria também reconhece a autorregulação como integrante do ordenamento jurídico, justificada pela maior flexibilidade das normas autoproduzidas e auto-controladas visando se adaptar a conjunturas ultra especializadas e instáveis.

A indústria do petróleo pela complexidade de suas atividades exige normas ultra especializadas, que sejam atualizadas no mesmo passo do desenvolvimento tecnológico. Para atender tal expectativa, os países produtores se organizam para padronizar e difundir políticas, por processos de difusão transnacional como sustentado por Gilardi (2012) ou por meio de organizações internacionais (ONU, OCDE, OPEP e.g.). E também as empresas petrolíferas, que se organizam por meio da padronização de contratos e procedimentos. A interação destas normas estatais e não-estatais não ocorre de forma hierarquizada, pois o Estado não se mantém em uma posição central. Neste caso nenhum ponto é privilegiado ou subordinado ao outro, há uma estrutura de rede, não mais piramidal.

É possível, então, observar na regulação da Indústria do Petróleo um processo de correção, que segundo F. Ost e M. Kerchove (2012) se caracteriza pela associação de medidas legislativas ou regulamentares vinculativas às medidas adotadas pelos atores mais envolvidos (autorregulação), adicionando sua experiência prática. Assim, as melhores práticas, como expressão da autorregulação da Indústria do Petróleo, irão preencher espaços vazios deixados pelo poder estatal, impotente para regular de forma detalhada e constantemente atualizada todas as operações da indústria. Essa recomposição da paisagem jurídica é de um emaranhado de lógicas, em que o elemento de produção do Direito em Rede vem se inserir dentro dos interstícios cada vez maiores abertos na construção piramidal tradicional. No entanto, apesar das vantagens da autorregulação - rapidez, flexibilidade, adaptabilidade às circunstâncias, eficácia na implementação – F. Ost e M. Kerchove (2012) indicam como desvantagens a impossibilidade de garantir a representatividade de todos os interesses envolvidos, sem apresentar as garantias procedimentais presentes em uma regulação democrática.

F. Ost e M. Kerchove (2002) apresentam três modelos para a autorregulação. O primeiro exige uma permissão legal para fundamentar o poder normativo das pessoas privadas, ainda que associados à elaboração de normas gerais, criando a figura do Estado reflexivo ou procedimental. Este somente fixaria objetivos gerais, faria o enquadramento processual de uma discussão conduzida pelos grupos interessados, deixando aos atores privados a responsabilidade de determinar, eles mesmos, em termos de uma deliberação regrada, as normas susceptíveis de lhes atender. O segundo modelo é baseado na teoria política de Hayek, que defende o Estado mínimo e a ordem espontânea do mercado em oposição à ordem artificial do Estado, e na teoria política de Habermas, que sustenta a definição, a priori, das exigências do bem comum para as sociedades pluralistas e complexas. O terceiro modelo é o mais radical, ao defender a supressão do Estado e uma regulação privada situada fora da hierarquia das normas jurídicas. Como exemplo deste terceiro modelo, os autores citam a *lex mercatoria*, definida como uma ordem de transações econômicas transnacionais, significando a emergência de um direito mundial autônomo, em que a globalização das transações evidenciaria uma grande desconstrução da hierarquia normativa. Nesse sentido, a soberania estatal é substituída pela autonomia dos subsistemas cada vez mais expansivos e diferenciados, em que a racionalidade geral cede espaço à pluralidade de lógicas setoriais pouco coordenadas.

Para F. Ost e M. Kerchove (2002) os três modelos são tipos ideais, mas encontram referências concretas de forma híbrida na realidade atual. No entanto, estes autores ressaltam que a lei estatal e a regulamentação internacional, produzida pelas organizações internacionais, encontram na lei do mercado um forte concorrente. O mercado seria uma organização de rede, desprovido de centro e de topo, mas não de poder e estaria em disputa pela força. As relações que se estabelecem entre seus operadores (empresas) tomam a forma horizontal de relações contratuais. As regras anteriormente fixadas e estáveis cedem lugar para a lei da concorrência, que se impõe entre os atores como um imperativo categórico dos mercados. Nesse contexto as regras se negociam, assim como a localização geográfica das empresas e dos contratos, escolhida em razão de incentivos fiscais colocados em

concorrência (*law shopping, forum shopping*). O direito se privatiza e a ação dos poderes públicos se confunde de forma cada vez maior com a dos poderes privados. A lei do mercado desestrutura o modelo de regulamentação tradicional, apesar de se reconhecer a importância desse modelo em alguns setores sociais.

Sob esta perspectiva, Garcia (2015) aponta a existência de três ordens jurídicas: a ordem nacional, a ordem internacional e a ordem transnacional. Esta última melhor se adequa à nova ordem econômica global, em que os atores estatais e não estatais buscam juntos soluções conjuntas, por meio de relações de cooperação. Sendo assim, teria como fundamento a teoria do Direito em Rede, visto que esta teoria não se insere no modelo hierárquico, centrado no Estado, tal como proposto pela teoria kelseniana.

Djelic e Sahlin-Anderson (2008) caracterizam a ordem transnacional pela pluralidade de atores, em que o Estado permanece sendo um ator, mas não mais importante que os demais. Há a proliferação de atores, de atividades regulatórias, de redes de conexão. Este termo sugere fronteiras mal definidas e emaranhadas, que não leva em conta o espaço territorial e a soberania e autonomia nacionais.

A União Europeia seria um exemplo de ordem transnacional, em que o Estado não é a única instância pública de integração, o território não é o único espaço politicamente pertinente, a cidadania nacional pode se compor de outras cidadanias, as hierarquias normativas podem se alterar e se emaranhar, a soberania pode ser relativa sem desaparecer e a autonomia pode se conciliar com a interdependência (F. Ost e M. Kerchove, 2002).

A expressão jurídica desta ordem seria o Direito Transnacional. Seria, então, este o ramo do Direito mais adequado para analisar as melhores práticas?

De Jesus (2012), sustenta que o Direito Transnacional se fundamenta nos paradigmas da economia global, que rejeita as fronteiras nacionais geográficas, políticas e legais, que se dirige aos contratos de longo prazo dotados de flexibilidade com uma abordagem distinta do *pacta sunt servanda* e da ideia de intangibilidade dos contratos; e aceita o pluralismo legal que reconhece que uma norma pode ser criada por instituições não estatais e mesmo assim ser legitimada e válida.

Daintith (2017) e Garcia (2015) defendem a existência de um Direito Transnacional do Petróleo. Este último sustenta que, visto que os atores da Indústria do Petróleo são membros de uma comunidade transfronteiriça, criam e legitimam as normas transnacionais, ou seja, normas cuja aplicação ultrapassa os limites territoriais de um único país. O processo de criação e legitimação destas normas ocorre pela repetição de usos e práticas, que são convertidas em ‘melhores práticas’, expressão adotada nas leis e nos contratos de diversos países.

Sendo assim, considerando que as ‘melhores práticas’ expressam o pluralismo legal e que sua aplicação não obedece fronteiras, é prudente concordar com Daintith (2017) e Garcia (2015) sobre a existência do Direito Transnacional do Petróleo. Ademais, tendo em vista que este ramo se apoia nos fundamentos do Direito em Rede, que reconhece a legitimidade da autorregulação, seria este o caminho mais adequado para aprofundar as reflexões sobre as melhores práticas. É importante reconhecer que a soberania do Estado continua a ser exercida na medida em que este permite a introdução da autorregulação em seu ordenamento jurídico, mas ao mesmo tempo se evidencia a erosão desta soberania ao reconhecer a validade de normas emanadas por agentes não estatais, e além disso, se submeter a tais normas, como se pode perceber nas cláusulas dos contratos recentes que registram o compromisso da ANP e da PPSA em observar as melhores práticas no exercício do poder discricionário e na gestão do contrato de partilha, respectivamente.

6. Como se poderia fazer cumprir as melhores práticas?

Como exposto na seção 2, as melhores práticas representam um extenso número de padrões, modelos e práticas. Como seria possível ao órgão regulador tomar conhecimento de toda essa infinidade de informações para cobrar seu cumprimento?

Inicialmente, cabe aceitar a impossibilidade de se conhecer tudo o que se poderia considerar como melhores práticas. Entretanto, para Garcia (2012) é possível se manter atualizado acompanhando a divulgação de novas práticas, por meio da participação em fóruns como o *International Regulator's Forum* e a *Offshore Technology Conference (OTC)*. E, ainda, acessar os guias que registram as melhores práticas como os catálogos da International Association of Oil & Gas Producers (IOGP), API e ISO.

Este autor ainda destaca a importância de os órgãos reguladores investirem constantemente em educação, treinamento e tecnologia de forma a garantir o alto nível de eficiência no monitoramento da indústria, mantendo-se no mesmo compasso de conhecimento dos seus operadores.

Sobretudo, sob a ótica da cooperação trazida pela teoria do Direito em Rede, cabe ao órgão regulador atuar em proximidade às operadoras para que possa acompanhar o desenvolvimento das melhores práticas e, se for o caso, exigir sua replicação por outros operadores.

7. Conclusões

Este artigo propõe um esclarecimento sobre as melhores práticas, discorrendo sobre os autores que a elaboram, sua presença no ordenamento jurídico brasileiro e tece algumas reflexões jurídicas sobre sua interpretação. As melhores práticas, como expressão da autorregulação da Indústria do Petróleo, representam um importante instrumento para manter a regulação atualizada e garantir sua eficácia. No entanto, é importante que os reguladores estejam preparados para identificar tais práticas e cobrar o seu cumprimento, atendendo, assim, o ditame legal da Lei da Partilha.

8. Agradecimentos

Os autores agradecem à Prof. Catherine Locatelli, ao Prof. Sylvain Rossiaud, à Prof. Marilda Rosado, ao Prof. Julian Garcia por todos os conselhos recebidos ao longo da preparação deste artigo. A autora Luciana P. Braga também agradece à IDEX por financiar sua pesquisa no *University of Houston Law Center (UHLC)*.

9. Referências (Normas ABNT)

- ANP. *Contratos e Editais: Modelos e Extratos*. Disponível em: <<http://rodadas.anp.gov.br/pt/legislacao/contratos-e-editais-modelos-e-extratos>> Acesso em 14 Jun 2018
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás." *Revista de Direito Administrativo* 239, no. 0 (January 23, 2005): 411–38.
- BAGHERI, KAMRAN, Seyed, and Di MININ, Alberto. "The Changing Competitive Landscape of the Global Upstream Petroleum Industry." *The Journal of World Energy Law & Business* 8, no. 1 (March 1, 2015): 1–19. <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwu036>.
- DAINTITH, Terence. "Against 'Lex Petrolea.'" *The Journal of World Energy Law & Business* 10, no. 1 (March 1, 2017): 1–13.
- DE JESÚS, Alfredo O. *The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society*
- DJELIC, Marie-Laure e SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation* Cambridge University Press; 1 edition 2008
- DUVAL, Claude, LE LEUCH, Honoré, PERTUZIO, André, WEAVER, Jacqueline Lang, OWEN L. Anderson, R. BISHOP, Doak, and BOWMAN, John P.. *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects*,. Second Edition. New York, NY: Barrows Company, 2009.
- GARCIA, Julian Cardenas. "Best Industry Practices and Environmental Regulation for Offshore Petroleum Operations A Contribution to the Study of the Lex Petrolea." *Transnational Petroleum Law Institute*. Vol. 1 – N° 2, 2012
- _____. "Reflexiones sobre la Educación y la Práctica del Derecho Transnacional Petrolero. *Transnational Petroleum Law Institute*. Houston, 2015
- GILARDI, Fabrizio. *Transnational diffusion: Norms, ideas, and policies*. 2012. Disponível em: <https://www.fabriziogilardi.org/resources/papers/gilardi_handbook_IR_v2.pdf> Acesso em 14 Jun 2018.
- KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Clark, N.J: The Lawbook Exchange, Ltd., 2009.

- KERCHOVE, Michel Van de, and François OST. *De la pyramide au réseau ? : Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- IEA “WEO 2017.” Accessed March 14, 2018. <https://www.iea.org/weo2017/>.
- LAGRANGE, Evelyne, and SOREL, Jean-marc. *Droit des organisations internationales*. Paris: Lgdj, 2013.
- MARTIN, A. Timothy, and J. Jay Park. “Global Petroleum Industry Model Contracts Revisited: Higher, Faster, Stronger.” *The Journal of World Energy Law & Business* 3, no. 1 (March 1, 2010): 4–43. <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwp022>.
- “OPEC: World Oil Outlook.” Accessed March 14, 2018. http://www.opec.org/opec_web/en/publications/340.htm.
- PINTO JR, Helder Queiroz. *Economia da Energia: Fundamentos Econômicos, Evolução Histórica e Organização Industrial*. Editora Elsevier, 2016.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2014.
- _____. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro Brazil: Renovar, 2013.
- Smith, Ernest E., John S. Dzienkowski, Owen L. Anderson, John S. Lowe, Bruce M. Kramer, and Jacqueline L. Weaver. *International Petroleum Transactions*. Third Edition. Westminster, Colo.: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010.
- Szklo, Alexandre Salem. *Textos de Discussão em Geopolítica e Gestão Ambiental de Petróleo*. Rio de Janeiro, RJ: Interciência, 2008.
- “United Nations Sustainable Development Agenda.” Accessed March 14, 2018. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>.
- Veronese, Alexandre. “Revisitando o Conceito de Direito Em Rede: Uma Crítica Sociológica à Teoria Normativista Do Direito.” 2013 Disponível em http://www.academia.edu/33639675/Revisitando_o_conceito_de_direito_em_rede_uma_cr%C3%ADtica_sociol%C3%B3gica_%C3%A0_teor%C3%ADa_normativista_do_direito acesso em Mai 2, 2018.
- Victor, David G., David R. Hulst, and Mark C. Thurber. *Oil and Governance*. 1st ed. Cambridge University Press, 2011.