

O PAPEL DA MARCA COMO INSTRUMENTO DE APROPRIAÇÃO DA INOVAÇÃO NO MERCADO DE MEDICAMENTOS

Fernando Previdi Motta¹; Marcello do Nascimento Souza²; Marcos Eduardo Pizetta Palomino³

¹FERNANDO MOTTA ADVOGADOS. Rua da Glória, 414. Centro Cívico 80030060 - Curitiba, PR – Brasil. (motta@advocaciapr.com.br)

²DO NASCIMENTO SOUZA ADVOGADOS. Rua Sete de Setembro, 112 - 3º 4º e 6º Andares Centro 20050002 - Rio de Janeiro, RJ - Brasil

³Av. Fernando Ferrari, 514, INIT/UFES. Goiabeiras 29075910 - Vitória, ES – Brasil. Universidade Federal do Espírito Santo

Rec.: 06.07.2014. Ace.: 31.03.2015

RESUMO

A possibilidade das empresas tirarem proveito de suas inovações sofre influência direta do regime de apropriabilidade e da posição de seus ativos complementares. Na indústria farmacêutica não é diferente. A marca exerce um papel fundamental nesse processo, a partir do momento em que, concisa e diretamente, transmite uma mensagem ao mercado, reduzindo os custos de transação no momento de identificar produtos inovadores. Nesse prisma, discute-se de que forma a marca permite um aumento do nível de exclusão dos demais agentes e garante uma proteção extra após o prazo de vigência conferido às patentes de medicamentos ou enquanto dure o segredo industrial. Questiona-se também se a proteção trazida pelos instrumentos de propriedade intelectual, que garantem exclusividade sobre as inovações, é ou não suficiente para garantir o retorno dos investimentos realizados no desenvolvimento de fármacos, além de otimizar o lucro do investidor, questões essas que se encontram cada vez mais atuais.

Palavras chave: Marca. Apropriabilidade. Medicamentos.

ABSTRACT

The ability of firms to take advantage of their innovations is influenced by the regime of appropriability and its complementary assets position. In the pharmaceutical industry is no different. The trademark plays a key role in this process, from the moment when, concisely and directly transmits a message to the market, reducing transaction costs at the time of identifying innovative products. In this perspective, this paper discusses how the trademark allows an increased level of exclusion of other agents and ensures extra protection after the term of pharmaceutical patents granted or for so long as the trade secret lasts. Questions whether also if the protection brought by intellectual property instruments, that guarantee exclusivity on innovations, is or not enough to guarantee the return of investments in drug, as well as optimizing the profit of the investor, that these issues are increasingly current.

Keywords: Trademark. Appropriability. Drugs

Área tecnológica: Economia da inovação; Propriedade intelectual

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como preocupação central refletir sobre o papel exercido pela marca como instrumento de apropriabilidade dos resultados decorrentes da comercialização de inovações na indústria farmacêutica. A possibilidade das empresas tirarem proveito de suas inovações sofre influência direta do regime de apropriabilidade e da posição de seus ativos complementares. Via de regra, todas as indústrias são diferentes do ponto de vista de sua organização e complexidade, bem como os diversos setores da economia, inclusive por conta da relação que há entre a dinâmica nacional e a internacional. Nesse prisma, inegável é a importância da marca para a empresa, devido ao seu potencial de maximizar o êxito na exploração econômica da inovação. Assim, cumpre discutir de que forma a marca permite um aumento do nível de exclusão dos demais agentes e garante uma proteção extra após o prazo de vigência conferido a eventuais patentes, bem como as consequências jurídicas desses fatos em relação ao mercado.

METODOLOGIA

A partir da questão envolvendo o problema estratégico das empresas e a necessidade de se avaliar a melhor posição de seus ativos complementares em razão do regime de apropriabilidade, de acordo com a natureza da tecnologia e a eficiência legal dos mecanismos de proteção vigentes para um determinado mercado (TEECE, 1986), buscou-se discutir teoricamente o papel desempenhado pela marca como instrumento de perpetuação do direito de exclusividade de exploração econômica da inovação, após o fim do prazo de proteção patentária.

Uma vez que a proteção trazida pelos instrumentos de propriedade intelectual, que garantem a exclusividade de ideias inovadoras, permite ao inovador se beneficiar do resultado de sua invenção por um determinado período de tempo, questiona-se se a utilização da marca, após o esgotamento do prazo de exploração econômica exclusiva gerada pelas patentes, está em perfeito equilíbrio com o sistema normativo vigente ou caracteriza-se como um instrumento que permite ganhos extraordinários, além do que foi idealizado pelo regime jurídico, a fim de se garantir o retorno dos investimentos realizados, e o lucro esperado pelo investidor.

Discutiu-se, ainda, no presente artigo, a adequação do uso da marca como ativo complementar na indústria farmacêutica e os seus efeitos como instrumento de extensão da apropriação dos ganhos trazidos pela inovação, em face dos dois principais diplomas jurídicos relacionados ao tema, a saber, a Lei 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e a Lei 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico e dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos, bem como a compatibilização desse quadro fático normativo em face da Constituição Federal.

Importante visualizar de que forma pode-se compatibilizar o uso da marca, a partir da função que ela exerce ao transmitir concisa e diretamente uma mensagem ao mercado, reduzindo os custos de transação no momento de identificar os produtos assinalados, com eventuais efeitos indesejados trazidos por ela, na medida em que pode vir a produzir uma assimetria na informação passada ao consumidor, no caso de medicamentos perfeitamente intercambiáveis, e constituir-se numa barreira à entrada de novos concorrentes, gerando uma distorção nos resultados desejados pela sociedade no que tange ao desempenho da atividade empresarial farmacêutica.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

No caso específico da indústria farmacêutica, embora a tecnologia necessária para o desenvolvimento de um novo medicamento seja complexa e o investimento para se alcançar

resultados satisfatórios seja alto¹, a imitação normalmente não o é. Por outro lado, com a descoberta de uma nova aplicação para determinado princípio ativo, embora a replicação do mesmo possa ser relativamente simples, o sistema de propriedade intelectual brasileiro é suficientemente forte para impedir a comercialização não autorizada do produto inovador pelos concorrentes seguidores. Com efeito, as principais razões informadas pela indústria de medicamentos para o patenteamento de drogas é a prevenção de cópias e o bloqueio da concorrência (COHEN; NELSON; WALSH, 2000).

Cumprir dizer que as patentes são instrumentos relevantes na análise estratégica da busca pela apropriação dos benefícios futuros resultantes dos investimentos realizados, na medida em que conferem ao seu titular a exclusividade de exploração econômica de certo medicamento por determinado período de tempo. O sistema de patentes tem como pressuposto estimular novas descobertas por meio do incentivo à exploração econômica das inovações, na crença de que a comercialização e a utilização de novos produtos e processos permitirão ganhos de produtividade e aprimorarão o fornecimento de bens e serviços.

Por tais razões, dentro da ordem econômica dos países capitalistas, fundada na livre iniciativa, pouco se questiona sobre as vantagens do sistema de patentes como relevante instrumento do sistema legislativo que busca trazer incentivos para a inovação. Não obstante, tal direito é condicionado ao fundamento maior da ordem econômica, baseado na livre iniciativa, e por meio da qual se busca o bem estar social dentro de um regime de livre concorrência. Com efeito, a Constituição Federal estabelece que o mercado interno integra o patrimônio nacional e constitui-se no principal mecanismo a serviço da população para fins de viabilizar o bem-estar social, o desenvolvimento cultural e socioeconômico, além de promover a autonomia tecnológica do País².

Desse modo, o uso estratégico dos direitos de propriedade industrial tem sua legitimidade na medida em que busca benefícios aceitos pelo sistema normativo, não devendo ser direcionado para evitar a inovação ou a competição, mas como incentivo para a criação de alternativas eficientes. Por óbvio, abusos por parte dos empresários-inventores, que vão além dos objetivos visados pela norma, devem ser coibidos. Deve-se identificar e combater eventuais efeitos nocivos que vierem a surgir durante o exercício do direito de concorrência, visto que a chamada perpetuação dos direitos de exclusivo é contrária à lógica do sistema de propriedade intelectual e prejudicial ao livre mercado.

A sociedade garante o direito do inovador, porém, após o prazo de proteção, deve ser assegurado seu direito à contraprestação. O inovador pode continuar ganhando dentro das regras normais de competição do mercado; caso queira um novo exclusivo comercial, deverá esforçar-se para desenvolver uma nova invenção que atenda aos imperativos exigidos pela coletividade. Após a expiração do prazo de proteção patentária, qualquer outra empresa poderá, em tese, explorar a inovação, e quanto a isso não há nenhuma objeção a ser feita, visto ser essa a razão justificadora do sistema: atribuir à sociedade aquele conhecimento a fim de que ele seja universalmente explorado. Observa-se que, além da patente de medicamento, as empresas ainda podem recorrer às patentes de processos de obtenção de um determinado produto, o que auxilia na extensão das vantagens competitivas, especialmente relacionadas ao custo de produção, após a expiração da patente do respectivo produto. Para muitos, trata-se de um exemplo de esforço em inovação.

É dentro desse contexto que os direitos de propriedade industrial justificam-se e, justamente por isso, possuem a natureza de privilégio temporário que busca fomentar as inovações. Extinta a patente, seu objeto cai em domínio público e estabelece-se uma condição em favor da sociedade de livre utilização da tecnologia, situação a qual o medicamento obrigatoriamente deveria retornar. Os medicamentos genéricos são um exemplo dessa lógica econômica, sendo caracterizados por utilizar os mesmos princípios ativos, indicações, formas farmacêuticas e dosagens dos medicamentos

¹ Conforme dados apresentados pelas empresas biofarmacêuticas dos Estados Unidos, *in* PhRMA, Pharmaceutical Industry Profile 2003, 16, disponível em <http://www.phrma.org>.

² Art. 219 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

inovadores, ou seja, são caracterizados pela plena possibilidade de substituição, geralmente assegurada pela comprovação da equivalência farmacêutica, da bioequivalência e do controle de qualidade (BRASIL, 1976)³. Essas características do medicamento genérico indicam produtos não diferenciados, cujo processo de produção é de domínio público, podendo ser produzidos em larga escala, subordinados apenas à industrialização de matéria prima. Assim, o produto que tem sua patente expirada, após transcorrido o período prêmio, retorna a sua condição natural no mercado.

Não obstante, a apropriação dos resultados da inovação não é exclusividade das patentes. Desse modo, as empresas podem buscar proteger suas inovações de várias formas (MELLO, 2009). O segredo de negócio é incompatível com o sistema de patentes, uma vez que é exigido que a invenção seja divulgada de forma plena. Por outro lado, o aprendizado, o pioneirismo em tecnologias de alta cumulatividade, as economias de escala ou escopo, aliados ao nome conhecido no mercado e à forma de uma marca se apresentar são elementos que também podem garantir condições de apropriabilidade extremamente fortes no mercado de medicamentos.

Sendo a marca um ativo complementar estratégico, capaz de auxiliar na continuidade do retorno econômico da inovação findo o prazo da patente (PERALTA et. al, 2014), sua gestão pode significar, na prática, a continuidade do exclusivo para além do prazo de expiração da patente. Até porque influencia a decisão do consumidor, que por experiência ou hábito escolhe determinado sinal portador de informação, acreditando que adquiriu um determinado conjunto de características com o menor esforço possível de busca do produto. Havendo coerência entre escolha e consistência do produto, a marca desempenha bem sua função social.

Note-se que, além da marca de produto, a marca do fabricante também é utilizada na busca da fidelização do consumidor, em especial no setor farmacêutico. O efeito positivo do ativo complementar “marca” assim é refletido em decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer que:

“a marca é mais do que mera denominação, traz em si o conceito do produto ou serviço que a carrega; possui feição concorrencial, distinguindo-a dos concorrentes; facilita o reconhecimento e a captação de clientes; diminui o risco para a clientela, que conta com a padronização dos produtos, serviços, atendimento e demais atributos que a cercam”. (REsp 1387244/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014).

Bons exemplos de inovação farmacêutica cuja apropriação dos resultados se mantém mesmo após a perda de vigência da patente são o Viagra e o Lipitor. Lançado mundialmente como primeiro medicamento para disfunção erétil em 1998, o Viagra, da Pfizer, obteve no segundo semestre de 2013, 105% do volume de vendas que tinha no semestre antes da perda da exclusividade da patente (janeiro a junho de 2010). Desde sua chegada ao mercado, mais de 114 milhões de comprimidos foram vendidos somente no Brasil. Atualmente, o Viagra convive no mercado nacional com os seguintes genéricos:

Entre 2010 e 2013 foram comercializadas 11 pílulas azuis por minuto, mesmo com os genéricos representando 57% do mercado de disfunção erétil. Segundo a Sociedade Brasileira de Urologia (SBU), cerca de 50% dos homens acima de 40 anos têm alguma queixa em relação à ereção. Em 2013, foram comercializados aproximadamente 5,6 milhões de comprimidos de Viagra, o que representa 5,5% do mercado, segundo o IMS Health. O Lipitor, também da Pfizer, medicamento

³ Além dos dispositivos legais que definem o medicamento genérico e o similar, também devemos levar em conta os que tratam do registro e do medicamento alterado, adulterado ou impróprio, o que torna ilícito ou no mínimo improvável que um medicamento circule com alguma diferença efetiva que não tenha sido anunciada.

mais vendido no mundo, movimentou, no mesmo período, R\$ 202 milhões, valor que representa 85% do total vendido quando a patente ainda estava em vigor no país (SCARAMUZZO, 2011).

Tabela 1 - Lista de Medicamentos Genéricos Registrados

Lista Medicamentos Genéricos Registrados				
Classificação por ordem alfabética - nome do medicamento de referência na ocasião do registro				
Atualizado até Diário Oficial da União de 27/12/2013				
Referência	Genérico	Detentor	Concentração	Forma farmacêutica
Viagra	Citrato de Sildenafil	Althia	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Ems	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Eurofarma	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Sigma Pharma	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Germed	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Medley	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Legrand	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Hypermarcas	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Pfizer	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Sanofi-Aventis	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Teuto	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Wyeth	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido
Viagra	Citrato de Sildenafil	Sandoz	25 mg; 50mg; 100 mg	comprimido revestido

Fonte: ANVISA, 2014

A justificativa para tais números parte da constatação de que a confiabilidade da marca é um quesito relevante para a aceitação da inovação pelo mercado. Uma marca, quando já reconhecida, representa um fator muitas vezes determinante para que o seu destinatário escolha mais facilmente determinado produto ou serviço. Em outros casos, existem produtos com princípios ativos diferentes que geram o mesmo efeito terapêutico. Nessa situação específica, a marca influencia na escolha do consumidor por um determinado produto, ou seja, ela auxilia na aceitação tanto de produtos novos como de produtos já conhecidos.

Análises teóricas sobre o comportamento dos detentores de patentes de novas drogas têm demonstrado o propósito destes em maximizar os ganhos da inovação pela construção de ativos de boa reputação, enquanto a entrada no mercado está bloqueada pela proteção patentária. Deste modo, o titular desfruta de uma estratégia adicional no período posterior à proteção legal da patente, reduzindo o *market share* dos novos entrantes de forma a maximizar o valor daqueles ativos. O inovador obtém um exclusivo permanente sobre uma marca, que se torna o veículo de uma reputação duradoura (HURWITZ; CAVES, 1988), capaz de substancialmente sobreviver ao fim do período de proteção da patente. Os preços dos medicamentos de marca declinam com o aumento do número de genéricos do mesmo medicamento de marca, porém, esse declínio é pequeno (CAVES; WHISTHON; HURWITZ, 1991). Não por outro motivo, os gastos com marketing de marcas de medicamentos genéricos perduram, em menor volume, principalmente quando associados à imagem

do laboratório produtor ou à qualidade dos seus produtos e às boas práticas de manufatura (OTA, 1993).

No final do período de vigência da patente, o desempenho consistente do medicamento pode manter no mercado o produto identificado pela marca antes conhecida, ou seja, a associação da inovação à marca agrega valor ao produto. Ainda que haja uma sensível queda do preço praticado durante a vigência da patente, como costuma ocorrer, a diferença entre o preço do genérico e do medicamento de marca como representativo da margem de lucro se mantém.

No caso da marca de fábrica para os medicamentos, essa pode funcionar como agregador de significado de qualidade dos mesmos, quando está além da conformidade atendida junto ao órgão regulatório responsável pela licença de comercialização do fármaco. O fabricante titular da inovação, ao usar um farmoquímico de qualidade superior ao mínimo exigido no registro, embora isto implique em um custo maior, certamente terá esta qualidade associada a sua marca de fábrica, o que funciona como uma garantia adicional. É o que em inglês conhece-se como “*good-will*”. Essa prática permitiu à Bayer há muitos anos usar o slogan “*if is Bayer is good*”⁴.

O fato é que no mercado de medicamentos, ativos complementares como o marketing, a publicidade e a marca são muito utilizados e relevantes para manutenção das vendas de produtos antigos e para o lançamento de novos produtos. A lealdade à marca é uma característica histórica da indústria de medicamentos, o que permite prorrogar o prazo de apropriação de lucros extraordinários. Mesmo após expirado o prazo de proteção patentária, os médicos continuam prescrevendo os mesmos medicamentos que já são de sua confiança (HASENCLEVER, 2010). Importante ressaltar que um grande número de médicos continua prescrevendo o nome da marca e não o princípio ativo medicamentoso. No setor farmacêutico “existe uma forte lealdade às marcas dos medicamentos tanto do segmento médico quanto dos consumidores” (RADAELLI, 2007).

Com efeito, a marca confere ao seu titular a possibilidade de sinalizar, por meio do signo distintivo, características do produto e reputação da empresa fornecedora, gerando uma situação de confiança e de redução de risco por parte do consumidor. A confiança está relacionada à expectativa de cumprimento de uma promessa e disposição em aceitar um parceiro devido aos riscos envolvidos (TERRES et al., 2010); está presente no processo decisório, influenciando na aquisição de produtos. A relação de confiança previamente estabelecida entre a marca e o consumidor transferirá para esse informações que sinalizarão a qualidade do produto, atuando de forma a minimizar a incerteza do consumidor na aquisição de um bem por força da diminuição do risco.

Nesse contexto, o processo de adoção de novos produtos pelas empresas muitas vezes é afetado pela assimetria de informações, na medida em que a empresa pode ter domínio sobre as características tecnológicas do produto que lança no mercado, mas o consumidor ter pouco acesso a tais informações. A adoção de uma marca forte transmite ao consumidor confiança e interesse no produto, e vai além, na medida em que o conceito de mercado ligado a produtos homogêneos e não diferenciados pode ser afetado por conta dos ativos complementares, conforme a linha de Alfred Marshall que concebe mercado como conjunto de tamanho variável de produtores com produções heterogêneas (MARSHALL, 1920).

Não é apenas um fator que importa para a apropriação dos resultados da inovação, mas a atenção como a marca permite capturar resultados extraordinários. Nas condições de demanda, a marca, como exclusivo, atua de modo a afastar substitutos, influenciando na percepção do consumidor em relação à natureza do produto e aos métodos de compra, e interferindo no crescimento do mercado e

⁴ A Bayer lidera a lista das marcas farmacêuticas mais valiosas do mundo, na frente da empresa norte-americana Pfizer. Esse é o resultado do Brand Finance Global 500 ranking que acabou de ser publicado. De acordo com o ranking, a Bayer tem uma marca com o valor de US\$ 5.2 bilhões (BAYER, 2014).

na elasticidade-preço. Nas condições de oferta, a marca relaciona-se com a qualidade do produto, seja no que diz respeito à natureza da matéria prima, seja em relação à durabilidade do produto.

Há entendimentos doutrinários no sentido de que uma das funções exercidas pela marca seria indicar a qualidade de um produto ou serviço. No mercado farmacêutico isso deve ser enxergado com cuidado, pois a situação dos medicamentos possui tratamento peculiar por conta de sua vinculação aos imperativos da ordem pública, estando inclusive sujeitos a uma dupla regulação através de dois sistemas independentes e com propósitos divergentes: o de propriedade industrial, que enfatiza a confusão entre concorrentes que possa afetar o fundo de comércio dos titulares, e o de tutela sanitária, com ênfase na tutela do consumidor, inclusive visando evitar erros quanto ao que a marca significa ao designar uma função específica (BARBOSA, 2014).

Assim, tanto o medicamento inovador é obrigado a ter sua fórmula e avanços tecnológicos revelados para poder usufruir legitimamente de exclusivo temporário, como tanto genérico e o inovador deverão obrigatoriamente indicar, quando do registro junto à ANVISA, a fórmula da composição do produto, com a indicação dos ingredientes utilizados e respectiva dosagem, sendo proibida qualquer modificação de sua fórmula, alteração de elementos de sua composição ou de seus quantitativos, ou inovação introduzida na elaboração do produto sem autorização do Ministério da Saúde, sob pena de ter seu registro cancelado e o fabricante incorrer nas penas aplicáveis aos casos de medicamentos fraudados, falsificados ou adulterados (BRASIL, 1976).

No caso dos consumidores, é comum eles enxergarem produtos substitutos como imperfeitos. As razões vão desde diferenças na qualidade, no desempenho, na reputação e, em grande parte, por estarem associados a uma marca. A diferenciação de produtos pode representar, inclusive, uma barreira à entrada de novos concorrentes, pois permite ao fornecedor estabelecido aumentar seu poder de mercado e também seus preços, sem perder sua clientela (HASENCLEVER, 2010).

Eventuais efeitos nocivos de comunicação entre indústria e mercado parecem ser ainda mais fáceis de se perceber nos casos de medicamentos atrelados a um único princípio ativo, quando a marca é ostentada e referida de forma a tornar quase imperceptível a denominação técnica da droga, que no caso de produtos que estão em domínio público, deveriam ser a principal referência. A propósito, o §4º, do art. 5º, da lei 6.360/76, estabelece:

“Os medicamentos contendo uma única substância ativa sobejamente conhecida, a critério do Ministério da Saúde, e os imunoterápicos, drogas e insumos farmacêuticos deverão ser identificados pela denominação constante da Farmacopéia Brasileira, não podendo, em hipótese alguma, ter nomes ou designações de fantasia” (BRASIL, 1976).

De qualquer sorte, algo indispensável nesse campo é a atuação consistente do Estado na melhoria do provimento de informações, tanto para consumidores quanto para fornecedores, reduzindo as assimetrias.

Se não bastasse, a queda em domínio público, embora retire todos os interessados da esfera de controle do titular da patente extinta, não os faculta por si só a iniciar a exploração imediatamente. No caso de produtos sob restrições e controles públicos – como remédios, alimentos, defensivos agrícolas, produtos de telecomunicação, etc – é necessário que se obtenham, ou que já se tenham obtido, os registros e certificações próprias (BARBOSA, 2010).

A vantagem de ser o primeiro a colocar o produto no mercado pode se traduzir numa vantagem competitiva sustentada, e a marca é um elemento importantíssimo nesse processo.

CONCLUSÕES

O desempenho relevante no mercado, identificado pela amplitude ou escopo de fornecedores e consumidores em relação a produtos substitutos, é dependente das condutas e estratégias dos vendedores e compradores em temas como: prática de preços, cooperação explícita ou tácita entre empresas, estratégias de linhas de produtos e publicidade, esforços de pesquisa e desenvolvimento, linhas de produção, entre outros (HASENCLEVER, 2010).

Uma vez expirado o prazo de validade da patente, a inovação farmacêutica torna-se acessível aos concorrentes que podem produzir genéricos do medicamento. Muitas vezes, a venda acaba por se resumir a pequenas quantidades de princípios ativos comoditizados. Neste contexto, as empresas perceberam que, se durante o período de exclusividade o titular da inovação fidelizar os consumidores por meio de sua marca, é altamente factível que após o lançamento dos genéricos, boa parte destes consumidores continuem usando o medicamento de referência. A marca, então, permitiria o prolongamento do lucro extraordinário da indústria sem que seu detentor estivesse vinculado a um compromisso para a melhoria da eficiência empresarial, apenas gozando dos benefícios da exploração exclusiva de conhecimentos em domínio público e recursos naturais.

A marca também exerce uma outra função: evita a divulgação do nome genérico do medicamento, que é o substituto do medicamento de marca, e por isso diminui a força do medicamento genérico na competição de preços, após o fim da patente do medicamento.

É certo que a proteção conferida às marcas tem matiz constitucional na medida em que a Constituição Federal Brasileira estabelece que a lei assegurará proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Existe, pois, um direito constitucional à proteção das marcas, que nasce da sua criação e vinculação a uma atividade. Detalhando o regime, a Lei 9.279/96, ao regular os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, define que a proteção desses direitos efetua-se mediante a concessão de registro de marca, sob a condicionante, mais uma vez, do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Dentro desse contexto, a marca revela-se como um ativo complementar poderosíssimo no que diz respeito à apropriação dos ganhos de uma inovação, o que pode ocasionar resultados indesejados quando prorroga excessivamente os efeitos de exploração econômica exclusiva de um medicamento cujo prazo de proteção já se esgotou, uma vez que pode gerar assimetria de informação no caso de medicamentos perfeitamente intercambiáveis além de ser um instrumento de barreira à entrada de novos concorrentes.

O Estado concede o direito à marca para fomentar as empresas, garantindo um regime empresarial eficiente e interessado na fluidez do fluxo de mercantil, além de garantir ao consumidor um instrumento que otimize o seu poder de escolha, reduzindo os custos de transação.

Não se discute que o empresário tem o direito legítimo de associar a marca a sua empresa, diferenciando os produtos de sua organização e, por vezes, buscando colher o sucesso que determinado produto conquistou no mercado. Mas esse direito deve ser compatibilizado com outros valores, principalmente o da livre concorrência e a limitação temporal dos exclusivos.

Por um lado, temos por pressuposto que a concessão de patentes de invenção sem real avanço inventivo gera externalidades negativas, uma vez que dificultam e desestimulam a inovação. Essa hipótese faz aumentar a preocupação com os casos em que bens que já estão em domínio público passem a contar com algum tipo de proteção. Assim, coibir esse tipo de situação é fundamental para estimular a criação de novos saberes tecnológicos, estes sim desejados quando incluídos no serviço ou na mercadoria que adiciona valor ao consumidor, como é o exemplo das drogas que possuem tecnologia de dosagem.

No aspecto jurídico, a função da marca tem o importante papel de determinar o exercício de um direito. Sem definir funções, não há como delimitar o âmbito da proteção de um direito. Uma vez que é a função que relaciona determinado componente ao escopo de um sistema, necessário se faz identificar a justificativa para se proteger essa espécie de sinal distintivo das empresas, a fim de saber o que deve ser garantido ao empresário e quais serão as condutas que a sociedade exigirá que sejam cumpridas, como contrapartida da aceitação desse direito. A outorga de um direito dessa natureza, por óbvio, somente terá sentido se permitir alcançar os fins sociais almejados ou, em termos mais específicos, os objetivos traçados pelo legislador.

Uma vez que o exercício da atividade econômica não é um fim em si mesmo, mas um meio de se alcançar o bem estar social, por meio do aproveitamento eficiente e otimizado de recursos escassos, levando-se em conta qualitativa e quantitativamente a demanda do mercado, deve-se destacar também esse pressuposto na atribuição de direitos de exclusivo relacionados à propriedade intelectual, em especial em relação à marca, qual seja, que ela atenda a essa função de ser um instrumento que propicie ao inovador a apropriação dos resultados de sua empresa sem prejudicar o direito de outros empresários de alcançar esses mesmos objetivos.

A impressão é que a marca reina absoluta, com alto grau de proteção, o que propicia maiores ganhos que nem sempre guardam proporção com maiores investimentos e esforços produtivos.

PERSPECTIVAS

Em que pese o papel positivo da marca na apropriação dos resultados da inovação, tal não deve sobrepor-se aos objetivos da política dos genéricos. Se a concessão pelo Estado de uma exclusividade temporária sobre a exploração da invenção se dá em contrapartida à repartição social da criação industrial por ela revelada ao final da patente, não deve haver desequilíbrio injustificado no momento do compartilhamento do conhecimento que passou ao domínio público.

Contudo, fato é que diante do poder de vendas resultante do *branding* da marca, até mesmo os genéricos, inobstante expressa vedação legal, estão sendo indiretamente marcados por sinais distintivos tais como embalagens (*trade dress*) e marcas de fábrica, o que foge ao princípio fundador da política dos genéricos⁵.

As políticas públicas de acesso a medicamentos devem estar atentas para que em um mercado como o brasileiro, marcado pela automedicação (ARRAIS, 1997), a população seja permanentemente informada sobre a relação de equivalência entre os medicamentos genéricos e os de referência, afastando-se eventual uso abusivo da marca farmacêutica, seja de produto ou corporativa. Paralelamente, deve ser grande o empenho regulatório em garantir e divulgar a conformidade dos medicamentos genéricos, a fim de evitar que percam a confiança do mercado⁶, abrindo ainda mais espaço para o destaque das marcas na apropriação dos resultados da inovação.

REFERÊNCIAS

⁵ “*Medley, o genérico de confiança*”. Em que medida uma mensagem publicitária desta natureza colide com os fundamentos da política de genéricos? Não estariam os genéricos sendo (de forma transversa) marcados ao arremedo da lei? Pela constrição do presente tema, estas indagações não serão objeto de maior abordagem do que aquela até aqui realizada, podendo o presente estudo servir de base para novas pesquisas neste sentido.

⁶ Em uma pesquisa realizada pela Proteste Associação de Consumidores, foi indicado que, apesar de a população ter uma boa confiança nos medicamentos genéricos, os médicos desconfiam da eficiência do produto. De acordo com 45% dos especialistas que foram entrevistados para a pesquisa, o processo que avalia e controla a qualidade dos genéricos é menos exigente do que com os medicamentos de marca, podendo, na opinião dos entrevistados, estar sujeitos a falsificações (BOLETIM OLHAR VITAL, 2011).

ARRAIS, P. S. D.; COELHO, H. L. L.; CARVALHO, M. L.; RIGHI, R. E. E.; ARNAU, J. M. Perfil da automedicação no Brasil. **Rev. Saúde Pública**, v. 31, n. 1, p. 71-77, 1997.

BARBOSA, D. B. Qual o mínimo de distância em marcas de medicamentos. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/>>. Acesso em: 10 jun. 2014, p. 2 e 14.

BARBOSA, D. B. Uso livre do conteúdo de patente que expira a seu termo. 2010, p. 4. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BAYER. Disponível em: <<http://carreiras.bayer.com.br/pt/noticias/Bayer-a-Marca-Farmacutica-Mais-Valiosa-do-Mundo>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BOLETIM OLHAR VITAL. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Ed. 269. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.olharvital.ufrj.br/2010/index.php?id_edicao=269&codigo=4>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL. Lei 1976 de 23 de Setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de Setembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16360.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Propriedade Industrial. Marca. REsp nº 1387244, Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2014. Rstj: DJe. 10 mar. 2014. v. 234, p.332. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CAVES, R. E.; WHISTHON, M. D.; HURWITZ, M. A. “Patent Expiration, Entry, and Competition in the U.S. Pharmaceutical industry”, Brookings Papers: Microeconomics 1991.

COHEN, W. M.; NELSON, R. R.; WALSH, J. P. Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not), NBER Working Paper No. 755. 2, February 2000.

HASENCLEVER, L. O Instituto de Patentes Pipeline e o acesso a medicamentos: aspectos econômicos e jurídicos deletérios à economia da saúde. **Revista de direito sanitário**, v. 11, p. 1-29, 2010.

HURWITZ, M. A.; CAVES, R. E. Persuasion or Information? Promotion and the shares of brand name and generic pharmaceuticals. **Journal of Law and Economics**, v. 31, n. 2, p. 299-320, 1988.

MARSHALL, A. Principles of Economics, 1920, p. 188. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

MELLO, M. T. L. Propriedade Intelectual e Concorrência. **Revista Brasileira de Inovação**, 2009.

OTA. Office of Health Technology Assessment: U.S Congress. Pharmaceutical R&D: costs, risks and rewards. OTA-H-522. Washington, D.C.: U.S Government Printing Office, 1993.

PERALTA, P. P.; SILVA, E. F.; FIERRO, I. M.; TERUYA, D. Y. Panorama do uso de marcas pelos grandes laboratórios farmacêuticos multinacionais no mercado brasileiro. **RECIIS. Rev. Eletron. de Comun. Inf. Inov. Saúde**, v. 8, p. 20-31, 2014.

RADAELLI, V. Etapas evolutivas da indústria farmacêutica: da formação à consolidação, expansão e hegemonia das grandes empresas. **Pensam Real**, v. x, n. 20, p. 59-77, 2007.

SCARAMUZZO, M. Mais 'popular', Pfizer avança em genéricos. Valor Econômico. São Paulo. 20/09/2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/1011336/mais-popular-pfizer-avanca-em-genericos>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

TEECE, D. J. Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy. **Research Policy**, vol. 15, 1986.

TERRES, M. S.; KOETZ, C. I.; SANTOS, C. P.; CATEN, C. S. O Papel da Confiança da Marca na Intenção de Adoção de Novas Tecnologias. **Revista RAI**, 2010.