



Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 2º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8436 - www.cade.gov.br

NOTA TÉCNICA Nº 3/2020/CGAA3/SGA1/SG/CADE

Procedimento Preparatório: 08700.005683/2019-24

Representantes: Smartfit Escola de Ginástica e Dança S.A. (Smart Fit) e Self It Academias Holdings S.A. (Self It)

Advogados: José Del Chiaro Ferreira da Rosa e Outros, Amanda Aurora Pereira da Costa Porto e Outros.

Representados: Sindicato das Academias do Rio de Janeiro (SINDACAD/RJ) e Maria José Montenegro Marques Dale

Advogados: Giselle Carreiro Silva Teixeira

EMENTA: Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo. Denúncia de prática de abuso de poder econômico. Mercado de academias de ginástica do município do Rio de Janeiro/RJ. Inclusão de cláusula anticompetitiva em convenção trabalhista. Existência de indícios de infração à ordem econômica. Reincidência de conduta, pelo representado, de prática já condenada pelo Cade (PA 08012.005524/2010-40). Presença dos requisitos autorizadores *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Deferimento da medida preventiva. Condutas passíveis de enquadramento no art. 36, I, e 36, §3º, inc. IV e VIII, todos da Lei 12.529/2011. Instauração de Inquérito Administrativo, nos termos dos arts. 13, V, e 66 e seguintes, da Lei nº 12.529/2011 c/c artigos 140 e seguintes do Regimento Interno do CADE em desfavor do SINDACAD/RJ e de sua Presidente Maria José Montenegro Dale, e do SINPEF/RJ e de seu Vice-Presidente Diego Gonçalves Marques.

VERSÃO ÚNICA

I. PARTES

I.1. Representantes

I.1.1. Smartfit Escola de Ginástica e Dança S.A. (“Smart Fit” ou “Representante”)

1. Segundo consta na Representação (SEI 0688841), a Smart Fit é empresa com sede em São Paulo, CNPJ 07.594.978/0026-26, e possui uma rede de academias próprias e franqueadas. A empresa foi uma das precursoras na implementação, no Brasil, do modelo de negócio conhecido como *low cost, low fare*. As academias que utilizam esse modelo conseguem oferecer mensalidade para seus clientes a preços mais competitivos, apostando em eficiências decorrentes da automação de processos gerenciais, baixos custos operacionais e variedade limitada de atividades, com foco na preferência dos usuários.

I.1.2. Self It Academias Holding S.A. (“Self It” ou “Representante”)

2. A Self It, segundo informado (SEI 0690856)[1], é uma empresa com sede em Recife/PE, inscrita no CNPJ 22.902.694/0001-95, possui uma rede de academias de ginástica em expansão nacional. O plano de negócios é o conceito de modelo *low cost, low fare* (alto valor por baixo custo), apostando em preços acessíveis aliados à tecnologia, qualidade e equipamentos de ponta. Atualmente possuem 56 unidades próprias em 13 estados brasileiros. Recentemente inauguraram 3 (três) unidades no Município do Rio de Janeiro.

I.2. Representados

I.2.1. Sindicatos das Academias do Rio de Janeiro (“SINDACAD/RJ” ou “Representada”)

3. O SINDACAD/RJ é uma entidade sindical que representa as academias situadas no território do município do Rio de Janeiro (sindicato patronal), inscrito no CNPJ 07.546.139/0001-84, com sede no Rio de Janeiro/RJ[2].

I.2.2. Maria José Montenegro Dale (“Maria Dale” ou “Representada”)

4. Maria Dale é a Presidente do SINDACAD/RJ, tendo assumido a presidência em vista da vacância de cargo, conforme ata de 14/02/2019[3].

II. Relatório

II.1. Do objeto do Procedimento Preparatório

5. Trata-se de Procedimento Preparatório instaurado em 03/12/2019 pelo Despacho nº 41/2019[4] para apurar suposta infração à ordem econômica consistente em criação de dificuldade a funcionamento de academias de ginástica do tipo *low cost, low fare* por parte do Sindicato das Academias do Estado do Rio de Janeiro (“SINDACAD/RJ”) e de sua presidente Maria José Montenegro Dale.

II.2. Das Representações

6. A Smart Fit, em 25/11/2019, protocolou representação em face do SINDACAD/RJ e de Maria Dale (representados), com pedido de Medida Preventiva, por possível prática de infração à ordem econômica tipificada no art. 36, I, e 36, §3º, inc. IV e VIII, da Lei 12.529/2011, na qual relata que:

a) Em 2010, incomodados com a ameaça da chegada do modelo *low cost, low fare* ao Brasil (à época conhecido como “modelo Smart Fit”), o SINDACAD/RJ, seus associados e seu Diretor-Presidente, Ricardo Abreu, iniciaram uma série de medidas para tentar barrar o novo modelo de negócios que prometia implementar concorrência no setor de academias. Dentre essas medidas, estava a inclusão de uma cláusula na Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre o SINDACAD/RJ e o Sindclubes[5] para o período 2010/2011, cláusula esta que restringia a quantidade de alunos que cada profissional de educação física poderia supervisionar nas academias cariocas, e que tinha potencial de atingir e inviabilizar o modelo *low cost, low fare*, vez que afeta o custo de operação da academia.

b) À época, o Cade concedeu Medida Preventiva para imediatamente suspender os efeitos da disposição que limitava o número de clientes supervisionados pelos profissionais de educação física, e o Tribunal do Cade concluiu pela inexistência de justificativas que pudessem fundamentar a manutenção desta cláusula considerada anticompetitiva, condenando, em 2013, o SINDACAD/RJ e o seu diretor-presidente, por infrações à legislação concorrencial.

c) Em outubro de 2019, o SINDACAD/RJ volta a inserir na Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020[6] (“CCT 2019/2020”) cláusula análoga à anterior, limitando o número de alunos que podem ser supervisionados por profissionais de educação física, e que não houve qualquer alteração do contexto factual, técnico ou regulatório que pudesse justificar a conduta recorrente do sindicato. *In verbis*:

Considerando que o Profissional de Educação Física é o responsável pela integridade física e saúde dos clientes, sob sua supervisão presencial direta, no estabelecimento onde atua, fica acordado que nas atividades de musculação, cada Profissional de Educação Física não poderá supervisionar mais de 40 clientes e nas atividades coletivas não poderá supervisionar mais de 50 clientes, estando certo que o presente ajuste não se aplica aos chamados aulas e outras atividades físicas presenciais praticadas em eventos extraordinários dentro ou fora do estabelecimento.

d) Na ata da assembleia do SINDACAD/RJ em 2010/2011, em sua visão, constou o intuito expresso e deliberado de barrar a expansão de academias que adotam o modelo *low cost, low fare*, citando o seguinte trecho:

(...) a pedido do Sindicato dos Empregados e de vários proprietários de academias, foi abordada a questão do Modelo Smart Fit de academia, que pode proporcionar o desemprego em massa de todas as categorias profissionais (...). O Sr. Presidente. Dr. Ricardo Abreu, que é advogado militante, explicou aos presentes que, diante da solicitação de diversos proprietários de academias e da intenção do Sindicato Laboral em impedir a disseminação desse novo modelo de negócio, fez uma análise jurídica da legalidade do "Modelo Smart Fit", uma vez que na atual crise que o mercado se encontra, o perigo desse modelo ser copiado, o que poderia causar uma drástica redução do ticket médio geral.

e) Como ocorrido em 2010, o que se verificaria da assembleia de 15/10/2019, que aprovou a inclusão da cláusula na convenção, é que houve amplo debate sobre a referida cláusula entre os concorrentes, consubstanciado em “inúmeras reuniões com associados do município para finalmente trazer para a plenária, as propostas finais dos sindicatos laborais que fossem viáveis para aprovação em plenária”, conforme consta na ata. Isto é, esse alinhamento para chegar à redação final da cláusula não se deu necessariamente durante a assembleia convocada, mas supostamente em contatos bilaterais ou multilaterais entre concorrentes antes da realização da assembleia, e, portanto, não detalhados em ata.

f) A nova cláusula aprovada pelo SINDACAD/RJ seria ainda mais restritiva que a de 2010, pois limita o número de clientes/alunos por profissional de educação física no salão de musculação a 40 (ante 50 da cláusula anterior), e defende que a cláusula, que já está vigente, afeta o custo de operação da Representante e das demais empresas que atuam no modelo *low cost, low fare*, inviabilizando o seu modelo por completo.

g) A Smart Fit, na assembleia, tentou evitar que o SINDACAD/RJ cometesse a reincidência da conduta, ao reportar a todos os associados presentes que o sindicato já havia sido condenado pelo Cade por implementar cláusula de igual teor no passado, mas que, não obstante, este fato já era de pleno conhecimento da atual diretoria, tendo inclusive o vice-presidente Kleber Pereira (que participou das discussões em 2010) dito que “essa ação do Cade é coisa do passado”, concluindo que “deveria dar andamento à votação”.

h) De 2010 até os dias atuais, não teria havido mudança no contexto regulatório envolvendo academias de ginástica e profissionais de educação física; não há normas vigentes ou regulações expedidas por órgãos competentes que restrinjam o número de clientes por profissional de educação física, ou autorizem o SINDACAD/RJ a fazê-lo, criando gravosa restrição ao mercado; que o Conselho Federal de Educação Física – CONFEF[7] jamais editou norma com limitação semelhante. Que, no entanto, houve tentativa do Conselho Regional de Educação Física da Primeira Região – CREF-1[8] de expedir norma limitadora do número de clientes atendidos por profissional de Educação Física por meio da Resolução CREF1 nº 106/2019, com redação similar à cláusula do SINDACAD/RJ, mas que este ato foi suspenso liminarmente nos autos da ação proposta pela Associação Brasileira de Academias – ACAD, entendendo o juízo que extrapolou-se, no caso, os limites da lei, pois “ato infralegal não poderia ter inovado na ordem jurídica para criar direitos e obrigações aos administrados”.

i) Desde 2010, o que teria mudado no cenário foi o número de academias que passaram a implementar o modelo *low cost, low fare*, proporcionando mensalidades mais competitivas e equipamentos de última geração para milhões de pessoas, demonstrando que a atuação do Cade, ao impedir vigência de cláusula limitadora da concorrência, foi indispensável para a replicação deste modelo de academia, cuja viabilidade do negócio é hoje oferecida por mais de 600 academias no Brasil (Smart Fit, Bel Fit, Blue Fit etc.), e o mesmo cenário se verifica nos outros países[9].

7. Pugna pelo deferimento da Medida Preventiva, determinando-se: a) a imediata suspensão dos efeitos da cláusula vigésima da Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020, a qual já foi assinada e registrada perante o Ministério do Trabalho, encontrando-se em pleno vigor a previsão que limita o número de usuários que podem ser atendidos por profissional de educação física, e b) que o SINDACAD/RJ comunique por escrito a suspensão dos efeitos desta cláusula aos seus associados e ao Ministério do Trabalho. Ao fim da instrução, requer a condenação dos Representados às penas previstas nos artigos 37 e seguintes da Lei 12.529/2011, bem como, em razão da repetição da prática, que seja determinado expressamente que o SINDACAD/RJ se abstenha de propor cláusula com teor igual ou similar no futuro.

8. A Self It, em 26/11/2019, protocolou representação[10] similar no Cade, na qual relata que:

a) É uma rede de academias de ginástica em expansão nacional, e tem como plano de negócio o conceito de modelo *low cost, low fare* (alto valor por baixo produto), apostando em preços acessíveis, mas aliados à tecnologia, qualidade e equipamentos de ponta.

b) Diante da abertura das academias no Rio de Janeiro, buscou filiar-se ao Sindicato de Academias do estado (SINDACAD/RJ), quando foi surpreendida, inicialmente, com a negativa de filiação.

c) Após várias investidas, houve uma mudança de posicionamento do sindicato, quando então, verbalmente, a Self It recebeu a informação de que poderia filiar-se, porém, no entanto, não teria direito a voto nas assembleias, pois, de acordo com o Estatuto do SINDACAD/RJ, apenas as empresas cuja matriz estivesse sediada no Rio de Janeiro poderiam votar. Deste modo, alega que foi tolhida de seu direito de deliberar sobre as cláusulas convencionais, em desrespeito ao princípio democrático e da liberdade de associação, o que contrariaria a mais basililar regra do bom senso, já que as filiais devem cumprir o que dispõe a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) local.

d) Apesar de não poder votar, foi à assembleia de 15/10/2019, quando foi surpreendida com a aprovação de uma cláusula que impõem limite de 40 clientes na sala de musculação e 50 nas aulas coletivas por profissional de educação física, negociada entre o SINDACAD/RJ e o Sindicato dos Profissionais de Educação Física do Rio e Janeiro (SINPEF/RJ).

e) As determinações da 20ª cláusula da CCT constituem clara infração à ordem econômica, em seu ponto de vista, uma vez que o Sindicato, desvirtuando-se de seu papel de representação e de defesa dos interesses de todas as empresas da respectiva categoria econômica, terminou por demonstrar que seu propósito é tão somente interferir nas condições concorrenciais no mercado de academias em prol de uma fatia daquele mercado.

f) O texto convencional constituiria obstáculo para a continuidade das academias do modelo *low cost, low fare* e também teria potencial de inviabilizar o modelo de negócios de inúmeras academias de pequeno porte.

g) O Conselho Regional de Educação Física da 1ª Região (CREF1), por meio da Resolução 106/2019, traçou limites quantitativos de alunos clientes por profissional de educação física, mas a Associação Brasileira de Academias (ACAD) obteve judicialmente uma liminar para suspender a aplicação da resolução (Processo 5033321-05.2019.4.02.5101, Justiça Federal do Rio de Janeiro), em decisão que reconhece que ato infralegal que limita o número de alunos por profissional afronta a reserva legal e ultrapassa o poder regulamentar.

h) A limitação teria sido imposta supostamente como contrapartida à aplicação de reajuste abaixo do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, mas que, além do propósito nefasto de inviabilizar o modelo *low fare*, não haveria qualquer justificativa para a tal limitação; inexistiria, inclusive, qualquer estudo que aponte que o limite trazido no texto convencional é necessário ou mesmo que seja um limite razoável.

9. Requer, por fim, a concessão do pedido de antecipação de tutela *inaudita altera pars*[11] para determinar a suspensão dos efeitos da cláusula vigésima da CCT 2019/2020 firmada entre o SINDACAD/RJ e o SINPEF/RJ, fixando-se multa diária em caso de descumprimento; bem como seja enviada notificação ao Ministério da Economia para determinar a alteração da CCT no que tange à suspensão da eficácia da cláusula 20ª. Solicita, ainda, a confidencialidade das informações[12] e documentos indicados na petição, a instauração de processo administrativo e, ao final, a condenação do sindicato às penas previstas no artigo 37 da Lei 12.529/2011.

10. O processo 08700.005772/2019-71, que diz respeito à representação da Self It em face do SINDACAD/RJ, foi juntado ao processo 08700.005683/2019-24 para fins de instrução conjunta neste último (SEI 0691889), uma vez que se trata de denúncia dos mesmos fatos e da mesma conduta supostamente anticompetitiva.

II.3. Das Manifestações dos Representados

11. Aos representados foram expedidos os ofícios 7970 e 7973, solicitando informações a respeito de ambas as denúncias (respectivamente, SEI 0692059 e 0692085); e, em 09/12/2019, as informações foram conjuntamente apresentadas (SEI 0694998). As partes requeridas alegam, em síntese, o que segue:

a) Preliminarmente, que a matéria não é de competência do Cade, mas da Justiça do Trabalho (Constituição Federal de 1988, art. 114, inc. III), pois o objetivo das representações é tornar sem efeito cláusula contida em Convenção Coletiva de Trabalho - CLT, a qual, por sua vez, é um acordo de caráter normativo, com força de lei (art. 611 da CLT), que a cláusula-objeto não viola o rol de proibições contido no art. 611-B da CLT, e tampouco contraria proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira (art. 623 da CLT)

b) Ainda em sede de preliminares, a ilegitimidade passiva da 2ª representada — Maria José Montenegro Marques Dale —, ao argumento que a representada, nem por ação ou omissão, realizou qualquer ato anticoncorrencial em face das representantes, uma vez que:

- não foi a Presidente do SINDACAD/RJ que se reuniu com empresas concorrentes para elaboração da cláusula em convenção coletiva,
- a inclusão da cláusula 20ª na CCT partiu do Sindicato dos Profissionais de Educação Física - SINPEF/RJ, que representa a categoria dos profissionais de educação física empregados, como condição à continuidade das negociações (exigência esta constante na ata da assembleia do sindicato laboral),
- a postura do antigo presidente com relação aos representantes não é dividida pela 2ª representada, pois esta se esforça para manter o diálogo aberto com todos os associados, independentemente do seu vulto econômico ou posição de mercado.
- trata-se de negociação sob nova perspectiva, com um novo sindicato de empregados, uma vez que o Sindclubes/RJ, antes representante da categoria de empregados, deixou de sê-lo ao ser suplantado, em disputa judicial, pelo SINPEF/RJ.

c) E, ainda, que o caso é de litisconsorte passivo unitário e o mérito terá de ser decidido de modo uniforme (incluindo o SINPEF/RJ), pois, caso se considere a conduta como anticoncorrencial, há de ser imputado ao SINPEF/RJ a prática da conduta, já que, conforme consta na ata da assembleia deste sindicato laboral, de 25/09/2019, a exigência de cláusula limitando o número de profissionais por aluno partiu da categoria laboral.

12. No mérito, aduz que:

a) As configurações que levaram à elaboração das convenções coletivas no passado (analisada no processo administrativo 08012.005524/2010-40) e no presente seriam completamente distintas, pois houve alteração tanto do sindicato laboral (de Sindclubes/RJ para SINPEF/RJ) quanto da presidência à frente do SINDACAD/RJ.

b) A limitação de profissionais por aluno seria iniciativa do próprio sindicato dos profissionais (ata da assembleia do SINPEF/RJ de 25/09/2019), e não dos representados, ao argumento que os profissionais de educação física do Rio de Janeiro entendem que a falta de regulamentação põe em risco a qualidade do trabalho do profissional e a segurança dos alunos.

c) Os representados servem ao interesse da categoria e agem conforme decisão da maioria, que é levada à voto, como seria o caso da inclusão desta cláusula, que foi aprovada em assembleia pelos seus associados, respeitando os trâmites legais.

d) Não haveria impedimentos para que os representantes celebrem um acordo coletivo diretamente com o SINPEF/RJ, o qual sobrepuja, inclusive, a convenção coletiva, em razão de sua especificidade.

e) Os representantes não incluíram em sua representação dados mais completos sobre quantos alunos eles têm em uma única sala sendo vistoriados por um único professor, e tal parâmetro seria necessário para saber o quão, de fato, os representantes serão prejudicados pela cláusula-objeto. A respeito da saúde dos trabalhadores, cita o estudo nº 76, de maio de 2015, do Departamento de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE[13], intitulado “A saúde do trabalhador no processo de negociação coletiva no Brasil”, o qual, informam, aponta para questões importantes sobre a saúde do trabalhador a serem levadas em conta na negociação coletiva.

f) A profissão é regulamentada pela Lei 9.696/1998, por Resoluções do Conselho Federal de Educação Física – CONFEF, e que o objetivo da cláusula-objeto não seria causar qualquer agressão à livre concorrência ou atacar diretamente as representantes, mas garantir que o profissional de educação física, um ser humano com limitações naturais de um ser humano, possa assegurar a seus beneficiários um serviço profissional seguro, competente e atualizado.

g) O Manual de Orientações para Fiscalização Sanitária em Estabelecimentos de Atividade Física e Afins, elaborado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, estabelece que (art. 6º), o “responsável técnico deve garantir que durante os horários de atendimento à clientela, estejam em atividades no serviço, Profissionais de Educação Física em número compatível com a natureza das atividades prestadas”.

h) A resolução CREF-1 nº 106/2019[14] disporia explicitamente sobre o número máximo de clientes/alunos nos diferentes serviços prestados por Profissionais de educação Física, limitando a 35 o número máximo de alunos por profissional na sala de musculação, e que a cláusula-objeto limita o número de alunos a 40, ou seja, um resultado melhor decorrente da negociação sindical.

i) Cabe aos sindicatos a defesa dos interesses de sua categoria e, no âmbito de sua competência, teria decidido o SINPEF/RJ (e não os representados), pela necessidade de uma cláusula que limita o número de alunos por cada professor, e que “não cabe censurar, aplicar sanções, anular, ou realizar qualquer ato que será manifestamente antissindical”, e que, contudo, “os representados são obrigados a levar para votação em assembleia as exigências do SINPEF-RJ, em respeito ao processo democrático”.

j) O Supremo Tribunal Federal – STF, na ADI 4060[15], teria garantido a constitucionalidade de lei que limita o número de alunos por sala de aula.

k) A limitação de alunos por professor de educação física seria uma questão específica das relações de trabalho, que se constitui de interesse dos sindicatos de profissionais de educação física e das academias, e que a convenção coletiva tem força normativa, em favor da tutela dos empregados, sendo resultado de negociação estruturada de boa-fé objetiva de ambas as partes, não havendo espaço para intervenção antitruste.

l) Não se configuraria uma reiterada conduta concorrencial, uma vez que, no processo administrativo 08012.005524/2010-40, decorrente de representação feita pela Smart Fit em maio de 2010, as situações fáticas eram completamente diferentes, tanto do ponto de vista formal (quem representa a categoria dos profissionais de educação física agora é o SINPEF, e não mais o Sindclubes), quanto em termos de negociação coletiva, já que a presidência do SINDACAD-RJ está diferente, “principalmente quando levamos em consideração que o referido processo baseou-se em inúmeras declarações realizadas diretamente pelo antigo presidente”, situação esta que “não

se vislumbra no presente caso”, pois “os representantes não conseguiram provar qualquer comportamento anticoncorrencial por parte da presidente do sindicato representado”.

m) Diferentemente do que consta na Nota Técnica apresentada pela Secretaria de Direito Econômico à época, não haveria, no presente caso, “qualquer indício de intuito dos requeridos de dificultar o funcionamento do modelo de negócios dos requerentes. Há sim indícios de que a inclusão desta cláusula foi uma exigência do SINPEF-RJ, sindicato dos empregados”.

n) Os representantes falharam em demonstrar como a cláusula-objeto prejudica a livre concorrência, quais são os prejuízos concretos que o mercado sofrerá pela manutenção desta cláusula, e quais as consequências concretas ao modelo *low cost, low fare*.

o) No processo administrativo anterior, consta a condenação de “retirada da Convenção Coletiva de Trabalho de qualquer menção à exigência de determinada quantidade de monitores”, mas que “não há qualquer vedação para que tal exigência surja em nova convenção coletiva, desde que devidamente fundamentada e sem que reflita uma conduta anticoncorrencial, que é o que ocorre no caso”.

p) A conduta dos representados foi de boa-fé, trazendo a todos os associados, com direito a voz e voto na assembleia, a exigência do SINPEF-RJ, que espelharia a forte pressão da categoria de profissionais de educação física no sentido de restringir o número de alunos por professor.

13. Por fim, requer:

a) O arquivamento do procedimento preparatório, alegando insubsistência dos indícios, ao argumento que inexistem qualquer vestígio de conduta anticoncorrencial por parte dos representados, e muito menos de comportamento reincidente.

b) O deferimento de sigilo a este procedimento (art. 50 do Regimento Interno do Cade), ou, alternativamente, ao acesso restrito (art. 51), de modo a evitar que informações de caráter sensível para ambas as partes tornem-se públicas, visto que sua divulgação poderá representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

c) O acolhimento das preliminares de incompetência do Cade para decidir sobre a validade ou os efeitos de cláusula de convenção coletiva do trabalho, de ilegitimidade passiva da representada Maria José Montenegro Marques Dale, e inclusão no polo passivo do Sindicato dos Profissionais de Educação Física - SINPEF/RJ.

d) A realização de diligências, na forma de expedição de ofício ao SINPEF/RJ, CREF-1, CONFEF, Anvisa, Dieese, MPT-RJ, e produção de provas documentais, pericial, e oitiva das partes.

14. É o relatório.

III. ANÁLISE

III.1. Da conduta anterior – Processo Administrativo (PA) 08012.005524/2010-40

15. O Cade já analisou conduta análoga à ora narrada no âmbito do Processo Administrativo 08012.005524/2010-40, o qual iniciou-se com representação da Smart Rio Academia de Ginástica Ltda.^[16] em face do SINDACAD/RJ e de seu presidente, Ricardo Marques de Abreu, em 26/05/2010.

16. Consta daqueles autos que, em abril de 2010, o SINDACAD/RJ, por meio de seu presidente Ricardo Abreu, convocou assembleia da categoria patronal, no intuito de debater o “posicionamento oficial do SINDACAD/RJ, para a reivindicação do SINDECLUBES e Academias, que pedem a inclusão de cláusula de convenção coletiva contra o conceito *low cost, low fare* que chega ao Brasil através da rede de academias Smart Fit”.

17. Na assembleia, foi decidido pelo sindicato patronal o posicionamento contra o chamado “Modelo Smart Fit”, e a decisão de inserir na convenção coletiva de trabalho uma cláusula determinando número máximo de clientes que podem estar sob supervisão de um profissional de educação física. A cláusula tinha a seguinte redação (12ª Cláusula da Convenção Coletiva de Trabalho 2010/2011):

Convenção Coletiva de Trabalho 2010/2011 – Sindeclubes/RJ e SINDACAD/RJ

Os profissionais de Educação Física empregados não podem ter sob sua supervisão mais de 50 clientes dentro de um mesmo estabelecimento, no mesmo horário, com exceção das aulas coletivas, em razão da sua responsabilidade profissional pela saúde dos clientes os quais supervisiona, sob pena do empregador pagar multa ao empregado equivalente à remuneração a que faz jus no mês em que ocorrer a infração, ressalvada as exceções tratadas diretamente em acordos coletivos.

A apuração dessa infração poderá ser feita por fiscal do Sindicato Laboral ou do Ministério do Trabalho, e a reincidência poderá ocasionar nova multa em dobro no mês em que ocorrer a infração, destinada ao empregado, além da interdição do estabelecimento.

18. Aquele processo, tal qual o que ora se analisa, tinha como objeto apurar suposta infração à ordem econômica consistente em criação de dificuldade ao funcionamento de academias de ginástica do tipo *low cost, low fare*, por meio da inclusão de cláusula que limitava o número de clientes/usuários por profissional de educação física na Convenção Coletiva de Trabalho daquele ano. E a cláusula impugnada iria inviabilizar justamente uma das maiores vantagens competitivas da Smart Fit, que era o baixo custo operacional adotado pelo modelo.

19. À época, a franquia da Smart Fit recém tinha inaugurado no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, e, conforme por ela informado, o modelo Smart Fit - denominado *low cost, low fare* (baixo custo, baixa tarifa), já muito difundido nos Estados Unidos, mas novo no País - era caracterizado pela utilização de equipamentos de alta tecnologia, equipes enxutas, menor variedade de atividades comparativamente às academias de ginástica comuns, proporcionando aos clientes preços reduzidos.

20. Após manifestação prévia dos representados, a Secretaria de Direito Econômico - SDE do Ministério da Justiça, em 17/06/2010, instaurou processo administrativo para apurar suposta infração à ordem econômica por parte do SINDACAD/RJ e de seu presidente Ricardo Marques de Abreu^[17]. No mesmo ato, deferiu-se a medida preventiva como forma de evitar danos irreparáveis ou

de difícil reparação à livre concorrência, suspendendo os efeitos da cláusula 12ª da Convenção Coletiva de Trabalho 2010/2011 e determinando obrigações acessórias ao SINDACAD/RJ.

21. Em sua peça de defesa, além das preliminares alegadas (todas afastadas pelo Despacho SDE de 04/02/2011), os representados invocaram a legitimidade da cláusula em vista do valor social do trabalho, da proteção à saúde e da defesa dos consumidores como justificativas soberanas à defesa da livre concorrência, sendo a negociação uma “atuação legítima dos sindicatos em negociações sobre postos de trabalho”; que a Smart Fit incorria em concorrência desleal por funcionar em pretensa desobediência à legislação; que é papel dos sindicatos informar os consumidores a respeito do risco que supostamente correm ao frequentarem as academias da Representada; que a conduta não podia ser considerada colusiva por não envolver qualquer acordo sobre preços e que, mesmo que a cláusula inserida na convenção coletiva de trabalho provocasse a saída da Smart Fit do mercado, “o consumidor não sairia prejudicado”.

22. Em Nota Técnica datada de 10/05/2012, aprovada pelo Secretário de Direito Econômico em 17/05/2012, a SDE remeteu o processo ao Cade, com recomendação de condenação tanto do SINDACAD/RJ quanto de seu presidente Ricardo Abreu, demonstrando, em farta fundamentação, o seguinte:

- a) Que o processo administrativo foi instaurado diante de fortes indícios de que os Representados procuraram regular o mercado de academias de ginástica, ao estipular uma proporção de número de alunos por profissional de educação física, inviabilizando a instalação e funcionamento do modelo de academias de baixo custo.
- b) Que a preocupação a respeito da cláusula era com os efeitos concorrenciais sobre todo o mercado de academias, uma vez que feita a regulação sem qualquer respaldo técnico e com propósitos nitidamente anticoncorrenciais.
- c) Que esses propósitos anticoncorrenciais ficaram evidentes pela leitura da ata da assembleia do SINDACAD/RJ e pelos atos de seu Presidente, demonstrando que a real motivação dos proprietários de academia do Rio de Janeiro era impedir a disseminação de novos entrantes no mercado que prestem serviços utilizando o conceito *low cost, low price*, protegendo, assim, as academias já estabelecidas de terem de se adequar às novas condições de competição no mercado ou sucumbirem a uma concorrência por preços, o que reduziria o *ticket* médio dos serviços.
- d) Que os Conselhos Federal e Regionais de Educação Física têm poder delegado pela União para normatizar, orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício das atividades próprias dos profissionais de educação física e das pessoas jurídicas prestadoras de serviços nas áreas das atividades físicas, desportivas e similares, mas não lhes cabe, em princípio, estabelecer o quantitativo de clientes sob supervisão de profissional de educação física[18].
- e) Que embora a negociação coletiva possa discutir as condições de emprego e trabalho, não se pode admitir que ela seja veículo para prejudicar a livre concorrência e impedir que novas inovações e modelos de negócio no setor prosperem, prejudicando os consumidores, a quem, em última análise, interessa ter o maior leque possível de opções de academias, com diferentes tipos de serviços e preços à disposição.
- f) Que, à época, o setor de academias já estava em forte fase de expansão, tendo triplicado no Brasil em uma década (1999 a 2009), passando de 4.000 para 12.682 estabelecimentos, e tornando o País o segundo maior em número de academias do mundo. Esta expansão era creditada ao aumento da conscientização brasileira sobre a importância da prática de exercícios e à melhora das condições de renda das classes C e D, e a expectativa para o setor era de continuidade de crescimento e aumento da oferta de empregos para profissionais de educação física.
- g) Que empresas do ramo adequaram seus planos de negócios para atrair o público da classe C, que representava metade dos clientes de academias no país; mas que também havia uma grande parcela de consumidores (classes A e B representando 34% deste mercado) que buscam facilidades não oferecidas por academias de baixo custo (aulas de ginástica em grupo, dança, natação etc.).
- h) Em decorrência, a hipótese de desemprego em massa e de fechamento de um grande número de academias não era crível. O que poderia acontecer é o fechamento de academias que não fossem capazes de se adaptar às mudanças do setor, o que é normal em um ambiente concorrencial.

23. A referida nota técnica concluiu que os Representados praticaram infrações à ordem econômica ao inserir, na convenção coletiva de trabalho, sem qualquer respaldo técnico, cláusula com objetivo de regular o mercado de academias de ginástica e impedir a disseminação de outros modelos de negócio, tudo com o propósito de proteger os agentes econômicos já estabelecidos das inovações do setor e de uma concorrência mais vigorosa, e impedindo, em última análise, que o consumidor aufera os benefícios dessa dinâmica competitiva na forma de diversidade de opções de escolha, qualidade do serviço e preços mais baixos.

24. Após manifestação da Procuradoria Especializada junto ao Cade[19] e do Ministério Público Federal[20], ambos opinando pela condenação dos Requeridos à prática de infração à ordem econômica, bem como de nova manifestação da defesa[21], o Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz emitiu seu voto[22]. Em adição aos apontamentos da SDE, citam-se alguns aspectos relevantes do voto que permitem entender a dinâmica do mercado de academias em termos de expansão, crescimento, preços, serviços oferecidos, preferência do consumidor e tipos de clientes:

Voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz

(...) As informações encaminhadas pela ACAD[23] permitem traçar um bom retrato do mercado de academias no Brasil. Em 2012, existiam mais de 18.000 academias no Brasil, sendo que, a maioria delas é considerada micro e pequena empresa. No que se refere ao modelo de academia, percebe-se que o preço cobrado depende muito dos serviços oferecidos. Trata-se de um mercado pulverizado com muitas academias com até 250 clientes. As barreiras à entrada no mercado são bastante modestas tendo em vista que os investimentos necessários para abertura de uma academia não são relevantes, constituindo-se basicamente: a) aquisição de aparelhos; b) adaptação do local.

A ACAD informa ainda que o "modelo de baixo custo e baixa tarifa" já é praticado pela grande maioria das academias do Brasil, que cobram até R\$ 50,00/cliente, sendo que a cobrança de mensalidades altas acaba restrita a academias localizadas em regiões de alto poder aquisitivo (...).

A Rede Smart Fit oferece um serviço focado basicamente na disponibilização de equipamentos para atividades de musculação, enquanto outras academias oferecem também aulas coletivas. (...)

A inserção de cláusula limitadora de alunos por profissionais de educação física em academias tem impacto visível sobre o modelo de atuação adotado pela Representante, visto que afeta diretamente os seus custos, tendo o potencial de tornar inviável o funcionamento de academias no modelo "*low cost, low fare*" nos moldes da Smart Fit. Certamente, a conduta praticada pelo SINDACAD/RJ poderia levar a efeitos deletérios no mercado, em questão, impedindo usuários de escolherem uma academia de baixo custo. Ou seja, os atos praticados pelo SINDACAD/RJ teriam o potencial de limitar/diminuir a opção dos clientes/usuários de academia. Portanto, o SINDACAD/RJ não poderia utilizar as prerrogativas sindicais para tentar influenciar se determinado modelo de negócios pode prosperar ou não.

Cabe observar que existem no mercado diferentes consumidores com preferências distintas, dentre os quais se têm aqueles que escolhem academias com base na diversidade de atividades oferecidas, ao passo que outros não consideram essencial a existência de aulas coletivas e prefeririam, por exemplo, academias como a Smart Fit. Ao consumidor, portanto, é claramente preferível dispor do maior leque de opções possível.

Os diferentes tipos de academia não competem diretamente pelos mesmos consumidores, dado que o modelo de empreendimento adotado por cada uma delas tem o potencial de atrair diferentes tipos de clientes. Assim sendo, a competição vai além do nível de preços, sendo necessário considerar os níveis de qualidade e variedade de prestação de serviços. A instituição do modelo "*low cost, low fare*" não necessariamente implicaria em óbices ao funcionamento de uma parcela significativa do mercado de academias. (...)

25. Por fim, o Cade condenou os Representados ao pagamento de multa, em favor do Fundo de Direitos Difusos, sendo R\$ 40.000,00 ao SINDACAD/RJ e R\$ 6.000,00 a Ricardo Abreu; à retirada da convenção coletiva de trabalho de qualquer menção à exigência de determinada quantidade de monitores; à veiculação da notícia sobre a condenação do Cade na página principal do *website* do SINDACAD/RJ pelo período de 60 dias; ao encaminhamento de e-mail e correspondência a todos os filiados a respeito da retirada da cláusula.

III.2. Definição Preliminar do Mercado Relevante

26. No processo administrativo 08012.005524/2010-40, já mencionado, fora definido que mercado relevante sob a ótica do produto é formado pelas academias, estúdios e escolas de ginástica, musculação e outras atividades físicas. Já no tocante à dimensão geográfica, "considerando que o SINDACAD/RJ tem representatividade sobre o setor de academias de ginástica de todo o Estado do Rio de Janeiro e que a cláusula aqui analisada tem efeitos em âmbito estadual, define-se o mercado relevante geográfico afetado pela conduta investigada como o Estado do Rio de Janeiro" (§§ 54 e 55 da nota técnica final da SDE).

27. No entanto, por ora, tendo vista que a Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020[24] – SINDACAD/RJ e SINPEF/RJ, tem abrangência no Município do Rio de Janeiro/RJ[25] e que o Estatuto Social[26] do SINDACAD/RJ traz sua representatividade em relação às academias do município, a dimensão geográfica do mercado relevante será considerada como sendo o município do Rio de Janeiro, sem prejuízo de expandir-se a dimensão geográfica se for verificado que o mesmo sindicato formalizou – ou tem potencialidade para formalizar - cláusulas análogas em outros jurisdições do Estado do Rio de Janeiro.

III.3. Das Preliminares Alegadas pelas Partes Requeridas

28. Em que pese, em sede de procedimento preparatório, estar-se em fase de análise perfunctória de prática de conduta (Lei 12.529/2011, art. 66, §2º)[27], as Requeridas trouxeram algumas preliminares em sua primeira manifestação nos autos, as quais, regra geral, costumam ser enfrentadas no despacho saneador de um Processo Administrativo (PA).

29. Não obstante, para que não parem quaisquer dúvidas a respeito da competência do Cade, essas preliminares serão brevemente analisadas, sem a pretensão de exaurir-se a matéria nesta nota.

III.3.1. Da alegada falta de competência do Cade

30. Alegam as requeridas que a matéria não é de competência do Cade, mas da Justiça do Trabalho (Constituição Federal de 1988, art. 114, inc. III), pois o objetivo das representações é tornar sem efeito cláusula contida em Convenção Coletiva de Trabalho, a qual, por sua vez, é um acordo de caráter normativo, com força de lei (art. 611 da CLT). Aduzem, nesse ínterim, que a cláusula-objeto não viola o rol de proibições contido no art. 611-B da CLT, e tampouco contraria proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira (art. 623 da CLT).

31. A competência do Cade para investigar e reprimir infrações contra a ordem econômica, inclusive as praticadas por associações, como os sindicatos, encontram guarida na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e na Lei 12.529/2011[28].

32. Igual preliminar de incompetência foi trazida pela defesa no processo administrativo 08012.005524/2010-40. Na ocasião, a SDE, em nota técnica fundamentada datada de 31/01/2011[29], ponderou a legitimidade e a importância dos Sindicatos representativos dos interesses das classes laboral e patronal de se reunirem para discutir questões atinentes às condições de emprego e trabalho via negociação coletiva.

33. No entanto, os sindicatos, por sua própria natureza, são expostos a risco não desprezível de serem responsabilizados por práticas anticoncorrenciais (§§ 65-66 da nota). Em complemento, citou trecho do voto do então Conselheiro do Cade, Thompson Andrade, no âmbito do processo administrativo 08012.004036/2008-18, que teve como representado o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Santa Catarina (SINDISPETRO/SC):

Evidente que a atividade dos Sindicatos é fundamental na defesa dos direitos de seus associados e em sua representação. No entanto, não pode ser admitido qualquer tipo de comportamento que, por trás do falso argumento de "orientação" dos membros, vise implementar ações concertadas ou condutas paralelas na tentativa de amenizar a concorrência e garantir lucros indevidos, em prejuízo do consumidor.

34. A SDE expôs que mesmo o exercício desses legítimos direitos constitucionais de proteção ao trabalho, de livre associação e de liberdade de impressão, não pode desconsiderar outros princípios constitucionalmente protegidos, notadamente o da proteção ao consumidor (CF, art. 170, inciso V), o da livre iniciativa (CF, art. 1º, inciso V e art. 170, caput) e o da livre concorrência (CF, art. 170, inciso IV) (§§ 67-68).

35. Vale mencionar que, relativamente ao processo administrativo anterior, o SINDACAD/RJ ajuizou, na Justiça do Trabalho, ação anulatória de processo administrativo, requerendo também a suspensão da medida preventiva deferida pela SDE em desfavor dos

Representados. No processo, em sede sumária, fora deferida a tutela antecipada[30] para suspender a decisão administrativa da SDE que determinou a suspensão dos efeitos da cláusula 12ª da convenção coletiva[31].

36. No entanto, em ato posterior, já em sede de sentença[32], a Justiça do Trabalho expressamente reconheceu a sua incompetência, em razão da matéria, para analisar pedido de nulidade do processo administrativo movido pela SDE, já que a lide não decorria de relação de trabalho; em contínuo, revogou[33] a tutela antecipada anteriormente deferida, *verbis*:

Sentença

Na forma prevista no artigo 114 da CRFB/88, a competência desta Justiça [do Trabalho] se limita a processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, as ações que envolvam o exercício do direito de greve, sobre representação sindical, mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição, conflitos de competência de jurisdição trabalhista, ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores, execuções de contribuições sociais e outras controvérsias decorrentes de lei.

A hipótese dos autos, de declaração de nulidade do processo administrativo movido pela Secretaria de Direito Econômico, não consta no rol mencionado, tampouco em lei federal.

Constata-se, de acordo com a causa de pedir, que a lide não decorre de relação do trabalho, não se enquadrando nas hipóteses previstas no artigo 114 da CRFB/88.

Acolhe-se a preliminar de incompetência em razão da matéria (...).

Decisão de Embargos de Declaração

(...) Assiste razão ao embargante [Smart Fit] ao pedir que seja declarada, expressamente, a revogação da tutela antecipada concedida a fls. 302, uma vez que incompetente a Justiça do Trabalho para julgar a presente causa, o que acolho, REVOGANDO a tutela antecipada, em decorrência da falta de competência declarada em sentença de fl. 565.

37. A decisão de incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar o tema à época – o qual, diga-se, trata-se de tema exatamente igual ao presente caso (suposta infração à ordem econômica por meio de inserção de cláusula potencialmente limitadora da concorrência em convenção coletiva de trabalho) -, foi confirmada em decisão colegiada do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT1)[34].

38. Deste modo, recomenda-se o indeferimento desta liminar, pois não há que se falar em incompetência deste Órgão Antitruste.

III.3.2. Da ilegitimidade passiva da 2ª Representada, Maria Dale, Presidente do SINDACAD/RJ

39. Alega a defesa que Maria José Montenegro Marques Dale, presidente do SINDACAD/RJ, não deve configurar no polo passivo da presente investigação, uma vez não teria praticado, nem por ação ou omissão, qualquer ato anticoncorrencial em face das representantes.

40. Nesse ínterim, a defesa aduz que não foi a presidente do SINDACAD/RJ que se reuniu com empresas concorrentes para elaboração da cláusula em convenção coletiva, mas que tal medida partiu do próprio SINPEF/RJ (sindicato laboral) como condição à continuidade das negociações, uma vez que seria “intuito atual dos profissionais de educação física do município do Rio de Janeiro limitar o número de alunos por professor de educação física de qualquer forma possível, seja através do seu conselho de classe, ou por pressões nas negociações coletivas”. E que esta exigência consta da ata da assembleia laboral.

41. Por fim, para afastar a legitimidade passiva da atual presidente, afirma que a postura do antigo presidente com relação aos representantes não é dividida pela atual presidente, uma vez que a atual presidente se esforça para manter o diálogo aberto com todos os associados, independentemente do seu vultu econômico ou posição de mercado.

42. Nos termos do art. 31[35] da Lei 12.529/2011, qualquer pessoa física pode também ser incluída no polo passivo de uma investigação. No entanto, a legitimidade para figurar no polo passivo de um processo administrativo clama pela presença da justa causa, isto é, elementos mínimos indiciários de autoria e materialidade da conduta imputada.

43. No caso em tela, a justa causa está presente. Vejamos:

44. É possível inferir, pela leitura da ata da assembleia do SINDACAD/RJ de 15/10/2019, que houve reuniões prévias anteriores àquela assembleia, de modo a se decidir o que seria factível trazer para a assembleia para a aprovação em plenária: “[A presidente] realizou inúmeras reuniões com associados do município para finalmente trazer para a plenária, as propostas finais dos sindicatos laborais que fossem viáveis para aprovação da plenária”.

45. Como presidente, Maria Dale tem o poder de agenda e condução das reuniões.

46. Restou evidente também que, em algum momento que antecedeu a assembleia, houve um processo prévio de escolha sobre o que a categoria poderia deliberar e votar, e o que não, decidindo-se por incluir a cláusula de limitação de clientes por profissional de educação física, e excluir, sem ao menos colocar em discussão e votação, a demanda laboral por vale refeição e livre acesso dos *personal trainers*: “(...) algumas contrapartidas solicitadas como vale refeição e livre acesso do *personal trainer* não estavam sendo trazidas para esta assembleia, pois impactariam muito sobre o mercado de academias do Rio de Janeiro, bem como o piso do responsável técnico e do coordenador”.

47. Fica subentendido, da leitura da ata, que as academias que praticam o modelo de baixo custo não foram chamadas a se manifestar nessas reuniões prévias da presidente com as academias, mesmo que associadas ao SINDACAD/RJ, tendo essas deliberações sido discutidas e decididas por seus concorrentes unicamente.

48. E a “escolha” prévia das academias com a presidente sobre o que a categoria poderia deliberar e votar na assembleia foi justamente naquela cláusula que não afetaria a estrutura de custos das academias que seguem o modelo tradicional, já que elas já dispõem de um quadro robusto de professores, mas que afetaria, como é do conhecimento de todos os agentes do mercado, a estrutura de custos das academias *low cost, low fare*. E esta “escolha” do que deliberar em assembleia e a “aceitação” da citada cláusula prejudicaria justamente os agentes que competem vigorosamente por preços com as academias tradicionais, e, em última análise, prejudicaria as opções de escolha dos consumidores, que hoje auferem de maior gama de serviços e preços à disposição em decorrência desta dinâmica competitiva do mercado.

49. Além disso, pelo menos desde agosto de 2007, Maria Dale participa da diretoria do sindicato patronal (PA 08012.005524/2010-40, SEI 0041524, fl. 50), de modo que não há dúvidas de que a atual presidente do sindicato não apenas era parte da diretoria por ocasião da perpetração do ato anticompetitivo em 2010, como tem ciência inequívoca da condenação da conduta pelo Cade em 2013 e do potencial lesivo à concorrência da cláusula ora aprovada na CCT 2019/2020.

50. Não bastasse isso, na assembleia, os associados do SINDACAD/RJ foram alertados pelos presentes sobre o teor anticompetitivo da cláusula, de modo que não há que se alegar, sob qualquer aspecto, ignorância da ilicitude do ato por parte da presidente do sindicato patronal.

51. Deste modo, sugere-se a não-acolhida da preliminar de ilegitimidade passiva da atual presidente do SINDACAD/RJ, Maria José Montenegro Marques Dale.

III.3.3. Do litisconsorte passivo unitário e da necessidade de incluir o sindicato laboral no polo passivo

52. Alegam as representadas que o caso é de litisconsorte passivo unitário e o mérito terá de ser decidido de modo uniforme (incluindo o SINPEF/RJ), pois, caso se considere a conduta como anticoncorrencial, há de ser imputado ao SINPEF/RJ a prática da conduta, uma vez que, conforme constante em ata, fora o sindicato laboral quem exigiu a inclusão da cláusula na CCT 2019/2020.

53. É sabido que os requerimentos endereçados pelos sindicatos laborais aos respectivos contratantes são os mais variados. Entretanto, cabe às empresas e/ou aos sindicatos patronais, em sede de negociação coletiva, definir o que pode (e o que não) ser objeto de tratativa sob os pontos de vista da constitucionalidade, da legalidade, dos direitos dos trabalhadores, da situação econômica, do mercado e da dinâmica empresarial.

54. Aqui cabe um ponto de extrema relevância: quem foi condenado em 2013 por infração à ordem econômica, justamente por inserir cláusula de semelhante teor na CCT 2010/2011, foi o SINDACAD/RJ, não o SINPEF/RJ. Portanto, quem tem total conhecimento das premissas e circunstâncias que levaram à sua condenação, à época, é o sindicato patronal. O SINDACAD/RJ sabia, de antemão, que tal cláusula limitadora do número de clientes por profissional de educação física é, por natureza, ofensiva à concorrência sob a ótica antitruste.

55. O SINPEF/RJ, em princípio, atuou no interesse de seus representados quando da solicitação da inserção da cláusula. O SINDACAD/RJ, por sua vez, assumiu, por sua conta e risco, ciente que estava da ilegalidade da cláusula sob a ótica concorrencial, a responsabilidade por sua inclusão na CCT 2019/2020, em especial porque as circunstâncias fáticas, normativas e regulatórias presentes à época da CCT 2010/2011 e de sua condenação pelo Cade em 2013 permanecem, em princípio, inalteradas.

56. Como se demonstrará adiante (item III.4.2 - Da alegada falta de intenção de causar prejuízo ao mercado), pouca importa, para fins de análise desta Superintendência-Geral (SG), se o pedido de inclusão da cláusula sob análise partira do sindicato laboral (SINPEF) ou dos Requeridos, uma vez que, como se demonstrará adiante, em nenhuma hipótese, poderia/deveria o SINDACAD/RJ ter deliberado em assembleia e aceitado incluir esta cláusula na Convenção Coletiva de Trabalho, uma vez que ele é o sindicato que agrega concorrentes no mercado de academias de ginástica e, por isso, é o único capaz de tomar decisões que afetem a livre concorrência.

57. É do conhecimento do sindicato patronal que não apenas o ato de orquestrar a inclusão da cláusula na CCT 2010/2011 ensejou a sua condenação, mas também o próprio conteúdo da cláusula, a qual, desprovida de amparo normativo e de respaldo técnico, foi considerada ofensiva à ordem econômica por inviabilizar um novo modelo de negócios que recém começava a surgir no País, em prejuízo à livre concorrência e aos consumidores. Deste modo, simplesmente dar uma nova roupagem a um ato antigo, como feito pelo SINDACAD/RJ na CCT 2019/2020, não desnatura o seu caráter anticompetitivo.

58. Observe-se que o sindicato laboral não congrega concorrentes do mercado de academias ora analisado e que não tem poder de, sozinho, impor nenhuma cláusula que prejudique apenas determinados agentes. Contudo, conforme consta na representação e na defesa do SINDACAD/RJ, o SINPEF/RJ atuou de forma ativa para a inclusão da cláusula, sendo capaz, como sindicato laboral, de ter seu pleito considerado e, como foi, acatado pelo SINDACAD/RJ. Tal pleito tem como resultado a criação de dificuldades para o funcionamento de determinado modelo de funcionamento de academias, restringindo as opções do consumidor e beneficiando seus associados e as academias com modelos de negócios específicos. Assim, o resultado de sua atuação pode ter extrapolado o seu mandato constitucional/legal, sendo necessário, dessa forma, a inclusão do SINPEF/RJ na presente investigação.

59. Além da inclusão do SINPEF/RJ, pelas mesmas razões expostas no item III.3.2, acima, a respeito da legitimidade de Maria Dale no processo, há que se incluir também, na qualidade de investigado, **Diego Gonçalves Marques**, vice-presidente do SINPEF/RJ, e presidente em exercício do sindicato laboral por ocasião da assembleia da categoria em 25/09/2019 (SEI 0694999) e da assinatura da CCT 2019/2020 (SEI 0688841).

III.4. Dos Fortes Indícios de Infração à Ordem Econômica

III.4.1. Considerações iniciais

60. A prática investigada diz respeito a uma conduta reincidente de tentativa de inviabilização da manutenção, expansão e regular funcionamento do modelo de academias de baixo custo na cidade do Rio de Janeiro pelo SINDACAD/RJ, com atuação também do SINPEF/RJ. Essa prática, se comprovada, é passível de configurar infração à ordem econômica, nos termos dos artigos 36, I, e §3º, IV e VIII, da Lei 12.529/2011, *verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...) IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; (...)

61. Segundo ambas as denúncias, o caso ora sob apreciação se assemelha à prática perpetrada pelo SINDACAD/RJ em 2010.

62. Já o SINDACAD/RJ diz que não orquestrou a inclusão da cláusula na CCT 2019/2020. Alega que a iniciativa de proposta de limitação de número de alunos por profissional de educação física partiu do próprio sindicato labora (SINPEF). Juntou a ata da assembleia extraordinária do SINPEF/RJ, de 25/09/2019, que consta:

(...) o presidente inicia a assembleia informando a categoria a proposta do Sindicato das Academias do Rio de Janeiro - SINDACAD para reajuste salarial no percentual de 2% (dois por cento) para a convenção coletiva de 2019/2020, estando mantidas as demais cláusulas. Após deliberações quanto ao baixo percentual de reajuste na proposta apresentada pelo SINDACAD, a mesma não foi aceita pela assembleia, que decide apresentar a seguinte contraproposta: aceitar o percentual apresentado, desde que passem a fixar a relação de Profissional de Educação Física x Aluno de 1 x 40 nas aulas de musculação e 1 x 50 nas aulas coletivas. [36]

63. Em 15/10/2019, os associados do SINDACAD/RJ, em assembleia geral, votaram no sentido de aceitar a cláusula de limitação de alunos por professor de educação física. Em princípio, segundo a ata, a categoria de empregados profissionais de educação física teria pleiteado o reajuste salarial de 5% para recomposição do INPC; no entanto, conforme consta na ata de uma assembleia anterior (de 21/05/2019) [37], os donos de academia associados do SINDACAD/RJ inadmitiram este percentual de aumento de 5%, e o limitaram a 2%.

Ata da Assembleia Geral Ordinária de 15/10/2019 – SINDACAD/RJ

(...) Iniciando a assembleia, Sra. Maria José M. M. Dale, agradeceu a diretoria presente, em especial o Vice-Presidente Kleber Pereira e o Tesoureiro Edson Brum, pela ajuda nas negociações destas CCTs. Em seguida, explanou sobre o processo de negociação, informando que na última assembleia apesar de ter pleiteado o percentual de 5%, conforme o INPC, a plenária decidiu como limite de negociação o percentual de 2%. A Presidente ressaltou que realizou inúmeras reuniões com associados do município para finalmente trazer para a plenária, as propostas finais dos sindicatos laborais que fossem viáveis para aprovação da plenária (...). **1ª deliberação da pauta: Aprovação das propostas da Convenção Coletiva com o SINPEF-RIO para o período de 2019/2020**, colocando que algumas contrapartidas solicitadas como vale refeição e livre acesso do Personal Trainer não estavam sendo trazidas para esta assembleia, pois impactariam muito sobre o mercado de academias do Rio de Janeiro, bem como o piso do responsável técnico e do coordenador. O SINPEF trouxe uma proposta com limite máximo de 35 clientes no salão de musculação e 50 nas aulas coletivas por Profissional de Educação Física. A Presidente destaca que nas convenções anteriores já existia uma cláusula similar limitando em 50 clientes no salão de musculação, porém essa cláusula foi suprimida na CCT 2017/2018 acordada com o SINDECLUBES e não com o SINPEF que é o atual representante da categoria. Durante as reuniões realizadas com as academias, ao expor esta cláusula, chegou-se ao número de 40 clientes no salão de musculação e essa proposta foi trazida à plenária, juntamente com a proposta de 50 clientes nas aulas coletivas, estando certo que o presente ajuste não se aplica aos chamados aulões e outras atividades físicas presenciais, praticadas em eventos extraordinários dentro ou fora do estabelecimento. (...) O segundo chamado foi José Antônio da Rosa, da Smart Fit, que passou a vez dele para o Dr. Mário Duarte, advogado da Smart Fit, que apresentou um parecer do Dr. Estevão Mallet que a cláusula de limitação dos profissionais é ilegal e inconstitucional. Continua dizendo que o CADE multou o SINDACAD e o Dr. Ricardo Abreu em 2013, pois a cláusula é limitadora da concorrência e ofende a legislação. Afirmando que essa cláusula não deveria ser colocada em votação. Pedindo esclarecimento do presidente do SINDACAD sobre essa situação do CADE. (...) O quarto chamado foi Mário Duarte, da Smart Fit, ele teve seus 2 minutos, pois os anteriores foram cedidos pelo Sr. José Antônio da Rosa, ele volta a defender a mesma posição. O quinto chamado foi o Dr. Cláudio Benedette da Smart Fit e também defendeu a mesma posição do Dr. Mário Duarte, da Smart Fit. (...) O nono chamado foi Kleber Pereira, da Centro de Performance Humana. Para ele essa ação do CADE é coisa do passado e conclui que deveria ser dado andamento à votação, e caso necessário tornar as medidas jurídicas. A presidente abriu uma exceção para a palavra do José Antônio da Rosa da Smart Fit que tinha passado a vez, pois a Dra. Vanessa abriu mão da sua palavra e ambos são da mesma empresa Smart Fit. José Antônio da Rosa fala que três academias são diretamente afetadas com a cláusula dos clientes, Smart Fit, Blue Fit e Self It. Afirma que vai fazer todos os esforços possíveis caso a cláusula seja aprovada em assembleia, encerrando sua participação. Em seguida a palavra foi passada para a Dra. Giselle Teixeira, advogada do SINDACAD. Ela afirmou que ainda existe um processo em esfera federal, que ainda está em discussão. A palavra foi passada para o Dr. Jorge Paes, ele citou a Constituição Federal que garante as CCTs e a CLT com sua nova redação a partir de 17 de novembro de 2017 para esclarecer que do ponto de vista trabalhista a cláusula é legal. Ao final da fala do Dr. Jorge Paes, a palavra vai para a Presidente que inicia a votação. Ficando o resultado da seguinte forma: Cláusula do reajuste de 2%, a favor por unanimidade. Cláusula das medidas preventivas, 37 votos a favor e 10 votos contra e 02 abstenções, sendo aprovada na íntegra a Convenção Coletiva 2019/2020 com o SINPEF (...).

64. Após a aprovação pelo SINDACAD/RJ, a cláusula de limitação de número de alunos por professor foi inserida na Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020 – SINPEF/RJ e SINDACAD/RJ sob a denominação “Cláusula Vigésima – Medidas Preventivas”, *verbis*:

CLÁUSULA VIGÉSIMA - MEDIDAS PREVENTIVAS

Considerando que o Profissional de Educação Física é o responsável pela integridade física e saúde dos clientes, sob sua supervisão presencial direta, no estabelecimento onde atua, fica acordado que nas atividades de musculação, cada Profissional de Educação Física não poderá supervisionar mais de 40 clientes e nas atividades coletivas não poderá supervisionar mais de 50 clientes, estando certo que o presente ajuste não se aplica aos chamados aulões e outras atividades físicas presenciais praticadas em eventos extraordinários dentro ou fora do estabelecimento.

Parágrafo Primeiro - fica certo e bem esclarecido que os clientes que estiverem acompanhados de Personal Trainer, nas atividades de musculação e demais que este profissional estiver atuando, não serão computados para a aferição do cumprimento do estabelecido no Caput desta cláusula.

Parágrafo Segundo - em caso de descumprimento o estabelecimento deverá arcar com as penalidades previstas nesta CCT, para os casos de inobservância de suas cláusulas.

Parágrafo Terceiro - a apuração desta infração poderá ser feita por fiscais, devidamente credenciados, do sindicato labora, sindicato profissional ou pelo Ministério Público do Trabalho, garantido o direito constitucional da ampla defesa, antes da lavratura de qualquer auto de infração, bem observado e ressalvado o disposto no parágrafo primeiro desta cláusula.

III.4.2. Da alegada falta de intenção de causar prejuízo ao mercado

65. Os documentos apresentados à SG contêm indícios de que, apesar de algumas diferentes nuances na perpetração do ato em relação à CCT 2010/2011, o objetivo principal do SINDACAD/RJ, reivindicado pelo SINPEF/RJ, ao buscar a inserção da cláusula em

discussão na convenção coletiva de trabalho, seria o de "proteger" a categoria de um modelo de serviços que representa uma concorrência mais vigorosa via preços. Mesmo objetivo almejado pelo sindicato patronal em 2010.

66. De fato, não se verifica na documentação acostada, tal como constava na ata do SINDACAD/RJ de 2010 e nos atos e documentos precedentes[38], o objetivo claro e explícito de "combater o modelo Smart Fit" de academias.

67. Mas isso não significa que esse objetivo não esteja implícito na comunhão de vontades dos associados do SINDACAD/RJ que votaram a favor da cláusula 20ª na CCT 2019/2020, que limita o número de alunos por professor. O mais provável é que essa ausência de manifestação expressa à perseguição ao modelo *low cost, low fare* apenas seja indicativa da cautela adotada pelo sindicato de não deixar rastros, já que a condenação pelo Cade em processo precedente é conhecida pela Diretoria do sindicato patronal.

68. Conforme já mencionado no item III.3.3 desta nota técnica, o condenado pela prática de infração à ordem econômica em 2013 foi o SINDACAD/RJ, de modo que não lhe é facultado alegar desconhecimento da falta de juridicidade da cláusula 20ª da CCT 2019/2020 frente à legislação antitruste, porquanto análoga à cláusula 12ª da CCT 2010/2011 (conduta pela qual o SINDACAD/RJ foi condenado).

69. E condenou-se, à época, não apenas as iniciativas flagrantes de lesar a livre concorrência, mas o conteúdo da própria cláusula em si, já que era desprovida de qualquer respaldo técnico, não estava aderente a qualquer dispositivo normativo/regulamentar, contrariava inclusive orientação do CONFEF, e atingia frontalmente a estrutura de custos do novo modelo de negócios das academias *low cost, low fare*.

70. Na defesa preliminar, o sindicato representado sequer trouxe qualquer argumento e/ou prova de que as razões que motivaram a condenação do Cade no ato precedente estavam ultrapassadas. Isto é, o Representado não demonstrou, por exemplo, que a nova cláusula 20ª se embasava em novo marco regulatório ou que fosse decorrente de exigência legal, ou baseada em estudo técnico realizado por instituição competente a respeito de número ideal de usuários sob supervisão do profissional de educação física com vistas à preservação da saúde do profissional e/ou da adequada atenção aos clientes.

71. Limitou-se a dizer que as circunstâncias presentes em 2010 já não mais existiam, pois: mudou a presidente do SINDACAD/RJ (Maria Dale, e não Ricardo Abreu), mudou o sindicato laboral na negociação coletiva (SINPEF/RJ, e não mais Sindclubes/RJ), e mudou a iniciativa da cláusula (SINPEF/RJ, e não mais os donos de academia, alegadamente). Ora, **mas são alegações que não têm o condão de alterar a essência anticompetitiva da cláusula em si.**

72. Como não houve, em princípio, alterações circunstanciais que pudessem alterar o entendimento do Cade, e independentemente de qualquer alegação de que a iniciativa da cláusula tenha sido do SINPEF/RJ, e não sua, ao SINDACAD/RJ não caberia, sob qualquer hipótese, promover inserção de cláusula anticoncorrencial sob a alegação de que partira de terceiro.

73. Para ficar claro, faça-se uma analogia: se o SINPEF/RJ tivesse solicitado ao SINDACAD/RJ para colocar cláusula solicitando que as academias sonegassem os impostos devidos aos fiscos Municipal, Estadual e Federal e repassassem o valor devido a esse título em forma de benefício aos empregados (afinal, isso seria bom para os empregados, pois aumentaria as suas rendas), o SINDACAD/RJ certamente teria respondido ao sindicato laboral que isso não era possível, pois configuraria ofensa à legislação tributária.

74. Pois bem, no caso em tela, ainda que, por hipótese, o SINPEF/RJ tenha exigido, sozinho (sem qualquer interferência das academias ou do sindicato patronal), a inserção desta cláusula na CCT 2019/2020, caberia ao SINDACAD/RJ unicamente dizer que não poderia incluir esta cláusula, porque ela constitui uma infração concorrencial já condenada pelo órgão do governo competente, do mesmo modo que, na analogia feita acima, teria dito que configuraria ofensa à legislação tributária.

75. A respeito da suposta falta de intenção de lesar o mercado trazida pelo SINDACAD/RJ, vale rememorar um trecho do Parecer 385/2012/AGU/PGF/PFECAD, proferido no PA[39] já mencionado:

Entende-se que, ainda que o ato praticado se revista de uma forma aparentemente legítima, tal como no caso do exercício do direito de firmar normas coletivas de trabalho, caso restrinja a competitividade, a sua reprovação e censura condiz com a missão legal do CADE de primar pelo equilíbrio do mercado, visando, por conseguinte, o bem-estar do consumidor. O CADE, pois, deve estar atento à prática de atos que, a pretexto de ostentarem preocupação aparentemente legítima, representam mero disfarce do real intuito anticoncorrencial.

(...) Destaca-se, também, que o art. 20 da Lei no 8.884/94 [equivalente, na legislação atual, ao artigo 36 da Lei 12.529/2011] é claro ao afirmar que a infração à ordem econômica pode se dar "independentemente de culpa". Para se caracterizar a infração contra a ordem econômica, é irrelevante se os agentes ativos agiram ou não com culpa. A responsabilidade administrativa, segundo o previsto na lei, decorre de avaliação objetiva dos efeitos da conduta empresarial. Se a prática em consideração implica ou mesmo pode implicar certos resultados - os reputados comprometedores das estruturas do livre mercado pelo art. 173, § 40 da Constituição Federal, reproduzidos nos incisos do art. 20 - então não interessa indagar se o agente os pretendeu ou, não os pretendendo, agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

76. Como já mencionado, o SINDACAD/RJ assumiu, por sua conta e risco, ciente que estava da ilegalidade da cláusula sob a ótica concorrencial, a responsabilidade por sua inclusão na CCT 2019/2020, em especial porque as circunstâncias fáticas, normativas e regulatórias presentes à época da CCT 2010/2011 e de sua condenação pelo Cade em 2013 permanecem, em princípio, inalteradas.

77. É bom lembrar, também, que a Justiça Federal do Distrito Federal, por ocasião do julgamento do mérito[40] do mandado de segurança 0047303-78.2010.4.01.3400, impetrado pelo Sindclubes (então sindicato laboral dos profissionais de educação física) em face da SDE no intuito de manter a cláusula 12ª na convenção coletiva de 2010/2011, entendeu que tampouco cabe a sindicatos, sob o argumento de preservação de empregos, segurança do trabalhador, preocupação com a saúde pública e defesa dos consumidores, prejudicar o livre funcionamento do mercado e da livre concorrência por meio de inclusão de cláusula na convenção de trabalho, *verbis*:

Sentença

[O Sindclubes] Alega que a cláusula questionada visa a preservação do emprego e da segurança do trabalhador empregado e do cliente da academia, mas que a SDE determinou a suspensão da mesma, a requerimento da empresa SMART FIT, que emprega modelo americano com equipamentos de última geração, com equipe e preços reduzidos, afetando o mercado de trabalho e possivelmente levando ao futuro fechamento de muitas academias. (...)

Afirma que a inserção da cláusula na Convenção Coletiva de Trabalho que limita a 50 o número de alunos por profissional de educação física foi motivada por uma multiplicidade de interesses plenamente justificáveis à luz do ordenamento jurídico, como a manutenção do

emprego, a preocupação com a saúde pública e a defesa dos consumidores. (...)

Impende considerar que é dever da Secretaria de Direito Econômico investigar condutas que possam prejudicar o livre funcionamento do mercado e a livre concorrência, ainda que previstas em convenção coletiva de trabalho. (...)

Ora, a situação existente no Brasil é de que existe um grande número de pessoas que gostariam de se exercitar em academias, de maneira a cuidar da sua saúde e aprimorar a forma física, e que não podem arcar com os custos em geral muito elevados das academias atualmente existentes.

Assim, a criação de um modelo de academias de baixo custo, que viabilizem o acesso dos clientes aos equipamentos, oferecendo orientação em grau reduzido mediante a utilização menor de um número de profissionais deve ser visto como uma inovação a ser bem recebida.

É evidente que a novidade traz impactos no mercado, razão pela qual tende a não ser vista pelos atores já existentes, ou seja, profissionais de educação física e academias tradicionais.

É um direito desses atores não receberem bem a novidade, mas **não é seu direito tentar impedir a sua existência mediante a cláusula impugnada pela Secretaria de Direito Econômico.**

Assim, correta a atuação da SDE em atuar contra a medida que tenta evitar a concorrência, evitando a entrada de novos agentes no mercado econômico, que, efetivamente, está em franca expansão, diante da notória preocupação com o corpo que existe nos dias de hoje.

(sem grifos no original)

78. A esse respeito, também, o Tribunal Regional da 2ª Região – TRF2, ao analisar apelação[41] em sede de ação ordinária movida por Ricardo Marques em face do Cade, visando anular a condenação à pena de multa fixada por esta autarquia, dispôs, na ementa de sua decisão, que foi reconhecida pelo Cade a legitimidade de atuação do SINDECLUBES/RJ em defesa dos interesses dos seus associados, “mas não a legitimidade da cláusula, assim, se o ato teve o objetivo de reduzir ou limitar a livre concorrência, restou configurada a infração contra a ordem econômica”. Esses elementos também respaldam a inclusão do SINPEF/RJ no polo passivo, já que partiu do mesmo o pedido de inclusão da cláusula, tanto de acordo com os documentos juntados como de acordo com o SINDACAD/RJ.

III.4.3. Dos indícios de concertação da conduta

79. Além disso, apesar de o SINDACAD/RJ alegar que a iniciativa da inserção da cláusula não fora sua e que não está configurada a sua intenção de inviabilizar modelos de negócios no mercado de academias, pela leitura da ata é possível inferir que houve reuniões prévias anteriores à assembleia de 15/10/2019, de modo a se decidir o que seria factível trazer para a assembleia para a aprovação em plenária: “[A presidente] realizou inúmeras reuniões com associados do município para finalmente trazer para a plenária, as propostas finais dos sindicatos laborais que fossem viáveis para aprovação da plenária”.

80. Restou evidente, também, que houve um processo prévio de escolha sobre o que a categoria poderia deliberar e votar, e o que não, decidindo-se por incluir a cláusula de limitação de clientes por profissional de educação física, e excluir, sem ao menos colocar em discussão e votação a demanda laboral por vale refeição e livre acesso dos *personal trainers*: “(...) algumas contrapartidas solicitadas como vale refeição e livre acesso do *Personal Trainer* não estavam sendo trazidas para esta assembleia, pois impactariam muito sobre o mercado de academias do Rio de Janeiro, bem como o piso do responsável técnico e do coordenador”.

81. Note-se que o SINDACAD/RJ, em vez de recompor a inflação dos salários de seus profissionais de educação física (reajuste salarial de 5% para recomposição do INPC pleiteado pela categoria), “optou” por conceder um percentual bem menor de reajuste (2%) e “aceitar”, de forma aparentemente bastante conveniente, a contraproposta de delimitação do número de clientes sob supervisão dos profissionais nas academias.

82. Importante ressaltar que, da leitura da ata, fica subentendido que as academias que praticam o modelo de baixo custo não foram chamadas a se manifestarem nessas reuniões, mesmo que associadas ao SINDACAD/RJ, tendo essas deliberações sido discutidas e decididas por seus concorrentes unicamente. Para as academias que seguem o modelo tradicional, a norma ora em debate não afeta seus custos, já que elas já dispõem de um quadro robusto de professores. No entanto, é do conhecimento de todos os agentes de mercado que tal medida afetaria as academias *low cost, low fare*, impondo um aumento de custos que pode levar a aumento de mensalidades ou dificultar sua expansão. Ou seja, os concorrentes que atuam sob o modelo tradicional “escolheram” de forma conjunta “aceitar” justamente a cláusula que prejudica os agentes que com eles competem vigorosamente por preços.

83. Em outras palavras, ante uma ampla gama de opções que poderiam estar à mesa de negociações, o SINDACAD/RJ escolheu justamente incluir a cláusula que reflete a conduta anticoncorrencial já condenada pelo Cade, em detrimento de outras tantas solicitadas pelo sindicato laboral (tal como a recomposição da inflação, o acesso dos *personal trainers* e o vale-alimentação) que atingiriam todas as academias de forma proporcional a seu quadro de funcionários, confirmando o viés anticoncorrencial da medida em exame.

84. Os associados do SINDACAD/RJ, apesar de alertados[42] pelos presentes à assembleia sobre o teor anticompetitivo da cláusula, deliberadamente decidiram ignorar a decisão precedente do órgão antitruste – “essa ação do Cade é coisa do passado”, conforme manifestou o vice presidente do sindicato, Kleber Pereira - e “aceitar” de forma muito conveniente, a cláusula anticompetitiva que certamente, como por todos sabido, atingiria frontalmente o modelo de negócios das academias *low cost, low fare*.

85. Há ainda o relato da Representante Self It, não contraditado pelo Representado, de que o sindicato patronal não a deixou votar na assembleia que aprovou a inclusão da cláusula 20ª na CCT 2019/2020, supostamente porque o estatuto social do sindicato impediria o voto de empresas que não tenham sede no Rio de Janeiro. No entanto, se, de fato, a Representante fora impedida de votar em assembleia, este poderia ser mais um indício da conduta anticompetitiva do SINDACAD/RJ ao impedir as academias *low cost* de serem ouvidas, uma vez que, salvo melhor interpretação, a leitura do art. 32, inciso II[43], do estatuto social do sindicato (SEI 0694999), não parece vedar o voto de academias cujas matrizes não estejam no Município do Rio de Janeiro, mas tão-somente limitar a multiplicidade de votos de várias academias pertencentes ao mesmo grupo.

III.4.4. Da Resolução do CRF-1 e da medida liminar que a suspendeu

86. O SINDACAD/RJ invoca também, para legitimar o ato de inclusão da cláusula 20ª na CCT 2019/2020, a Resolução 106/2019[44] do Conselho Regional de Educação Física da Primeira Região – CREF-1, que tem jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, o qual limita o número de clientes sob supervisão do profissional de educação física, a depender da modalidade da modalidade da atividade.

87. Entretanto, ação movida pela Associação Brasileira de Academias – ACAD[45] obteve tutela de emergência para afastar a limitação de professores por clientes prevista na resolução do CREF-1, por entender, dentre outros motivos, que extrapolou-se, no caso, os limites da lei, pois “*ato infralegal não poderia ter inovado na ordem jurídica para criar direitos e obrigações aos administrados*”. [46]. Após recurso do CREF-1, a decisão de suspensão da resolução foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região em 18/11/2019. [47]

88. Tanto a assembleia do SINDACAD/RJ que aprovou pela inclusão da cláusula (15/10/2019) quanto a assinatura da CCT (16/10/2019) ocorreram quando a resolução estava suspensa por ordem judicial (03/06/2019), de modo que, ainda que fossem desconsiderados os demais argumentos em desfavor da conduta anticompetitiva do Representado, não há que se falar de legitimidade da cláusula 20ª da CCT porquanto a resolução do CREF-1 não produzia efeitos no mundo jurídico.

III.4.5. Da expansão do número de academias e da geração de empregos no setor

89. Um dos argumentos utilizados pela SINDACAD/RJ para justificar a suposta preocupação com a propagação do “modelo Smart Fit” no caso condenado pelo Cade em 2013 era o cenário de fechamento de diversas academias e de desemprego em massa dos profissionais de educação física[48].

90. No entanto, como a nota técnica da SDE apontou em 2013, à época o setor de academias já estava em forte fase de expansão, tendo triplicado no Brasil em uma década (1999 a 2009), passando de 4.000 para 12.682 estabelecimentos, e tornando-se o segundo maior país em número de academias do mundo. Esse crescimento era creditado à conscientização da população brasileira sobre a importância da prática de exercícios, bem como à melhora das condições de renda das classes C e D, que correspondiam a mais de 50% da demanda por academias de ginástica. A expectativa de crescimento do setor ainda era otimista, pois, à época, somente 13% da população brasileira praticava alguma atividade física, estimando-se o aumento inclusive dos empregos para profissionais de educação física.

91. A SDE, à época, concluiu que ante a expansão do setor e o constante crescimento do número de consumidores, a hipótese de desemprego em massa e de fechamento de um grande número de academias não era crível; e o que podia acontecer era o fechamento de academias que se acomodaram, que não investiram e, em decorrência, não foram capazes de se adaptar às mudanças do setor – riscos, aliás, inerentes a quase todos os negócios.

92. Notícias mais recentes demonstram que esse cenário de crescimento persiste e a empregabilidade do setor aumentou. O setor *fitness* apresenta-se como uma oportunidade ante a ainda alta taxa de sedentarismo no Brasil[49], a busca pelo envelhecimento saudável da população e o fortalecimento da cultura de promoção da saúde e do lazer para pessoas de todas as idades. Com a competição, muitas academias tiveram que se reinventar, mas ainda há espaço para diversos nichos de atividades e tipos de clientes no setor, como pode ser extraído da reportagem abaixo:

Diante das incertezas do cenário econômico brasileiro, negócios ligados ao setor *fitness* se reinventam para manter protagonismo[50]

(...) De acordo com o levantamento de 2018 da IHRSA, associação internacional de fomento ao universo de saúde e exercícios, há mais de 34500 academias no Brasil, o que nos torna o segundo país do mundo com maior concentração de estabelecimentos do tipo, atrás apenas dos Estados Unidos. Juntos, esses espaços somam 9,6 milhões de clientes — apenas Estados Unidos, Alemanha e Reino Unido têm números maiores no mundo.

(...) O que está ocorrendo, diante do novo padrão de economia da classe média brasileira, é uma adaptação dos negócios, com maior diversificação.

Uma das mudanças mais significativas que o mercado enfrentou para se adequar à recessão foi o surgimento das academias de baixo custo. Franquias como Smart Fit e Bluefit, as duas maiores do segmento, consolidaram-se como modelo de negócio e já representam 13% das instituições de ginástica no país.

(...) “As escolas de nicho, especializadas numa modalidade [como os estúdios de bike e corrida indoor, pilates, funcional, lutas e boxes de crossfit], muitas delas cobrando por aulas avulsas ou créditos-aula em vez de mensalidade, além das de baixo custo, tiraram muita gente das grandes e se tornaram uma fatia importante do mercado”

(...) Um fator considerado relevante para esse segmento é o envelhecimento da população. O aumento da expectativa de vida dos brasileiros — hoje de 76 anos, segundo o IBGE — vem influenciando a área *fitness*. (...)

93. Se em 2009 existiam aproximadamente 12.682 estabelecimentos, dados de 2018 indicam que já eram 34.500 academias no Brasil, o que denota um crescimento aproximado de 172% em nove anos. O Brasil é o maior no setor na América Latina, e esse crescimento em número de estabelecimentos reflete no aumento da demanda por profissionais de educação física, conforme se depreende das notícias abaixo:

Pesquisa aponta aumento no número de academias no país[51]

O crescimento no mercado de academias é um dado bastante importante para a área, uma vez que reflete diretamente no aumento do número de vagas de emprego para os profissionais de educação física, afirma Lívia Toneto, coordenadora dos cursos de Educação Física do Centro Universitário Senac.

“Essa expansão também reflete a maior preocupação das pessoas com a saúde e qualidade de vida. De fato, é crescente o número de pessoas que vem praticando exercícios físicos regulares, não apenas em academias, mas também em parques e praças públicas. Concomitantemente a esse cenário, cresce a procura e valorização do profissional de educação física, o único habilitado para prescrição e acompanhamento de exercícios, e um importante agente na promoção da saúde e bem-estar. (...)”

O aumento no número de academias e o acréscimo no total de pessoas que praticam essas atividades refletem no crescimento da procura por profissionais especializados na área.

Mercado ‘fit’ e longevidade aumentam procura pela carreira de educação física[52]

Número de formados na área quadruplicou entre 2000 e 2015, segundo o Censo da Educação Superior; expansão foi maior entre os estudantes de bacharelado.

Em expansão há mais de duas décadas, o mercado 'fit' é um dos principais fatores por trás do aumento da procura pela carreira de educação física. Especialistas ouvidos pelo G1 afirmam que a proliferação de academias pelo país, além do fortalecimento da cultura de promoção de saúde e lazer para pessoas de várias faixas etárias, são os dois fatores predominantes na mudança.

Entre 2000 e 2015, por exemplo, o número de profissionais formados anualmente na área cresceu de 8.283 para 35.032, um aumento de 323%, segundo o Censo da Educação Superior.

Além das vagas na graduação, os postos de trabalho também registraram aumento. Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) com dados do Caged, o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, do Ministério do Trabalho e Emprego, mostrou que, entre janeiro de 2009 e dezembro de 2012, foram abertos 6.848 novos postos de trabalho de nível superior para profissionais de educação física. Foi a 11ª profissão com o maior número de novas vagas no período. (...)

94. Quanto aos novos modelos de academia de baixo custo, antes protagonizado pela Smart Fit, as notícias acima citadas indicam que outros *players* entraram no mercado, aumentando a concorrência e disputando espaço pela preferência do consumidor. Escolas de nicho, com ofertas de modalidades específicas de atividades, também cresceram e ganharam espaço no mercado *fitness*.

95. Ademais, pelas reportagens, percebe-se que não apenas estabelecimentos de ginástica de baixo custo e baixo preço aumentaram de número no país, mas todos os tipos de academia, incluindo as que oferecem serviços considerados de luxo, diversas modalidades de aulas coletivas e que cobram mensalidades consideravelmente mais elevadas. É o exemplo de redes como a Bodytech, Cia Athletica, Academia Gustavo Borges[53], dentre outras, que, apesar da competição mais acirrada no setor e da recente crise econômica vivenciada no país[54] [55], implementaram novas políticas de gestão, diversificação de atividades, diferencial de atendimento, oferta a nichos específicos, alinhamento a empresas com modelos de negócios considerados disruptivos[56] etc., e investiram na melhoria das unidades existentes[57] e em processos de expansão[58].

96. Este mercado é pulverizado e a competição vai além do nível de preços, sendo necessário considerar os níveis de adequação às necessidades do consumidor e variedade da prestação de serviços. Neste cenário, além do aumento da oferta e dos empregos para os profissionais da área, ganha o consumidor, que passa a ter uma gama de opções – dentre academias grandes, médias e pequenas tradicionais de bairros, redes consagradas, academias *low cost*, estúdios de nichos etc. - para a prática de saúde e bem-estar, conforme a oferta de serviços, modalidades, e interação com profissionais da área desejadas e individualização de acompanhamento conforme desejado.

III.4.6. Da reincidência de conduta, mais de uma vez

97. O Sindicato representado afirma que a convenção coletiva de trabalho é resultado de uma negociação sob uma perspectiva diferente, inclusive com um novo sindicato de empregados, uma vez que o Sindclubes/RJ, antes representante da categoria de empregados, deixou de sê-lo ao ser suplantado, em disputa judicial, pelo SINPEF/RJ.

98. Aduz que a inclusão da cláusula-objeto na convenção coletiva não foi iniciativa dos representados, mas sim uma exigência do sindicato que representa a categoria dos profissionais de educação física do município do Rio de Janeiro, o SINPEF/RJ, conforme ata da assembleia laboral datada de 25/09/2019.

99. Tais argumentos foram, em sede sumária de análise de indícios de cometimento de conduta, afastados na argumentação dos itens III.3.3 (*Do litisconsorte passivo unitário e da necessidade de incluir o sindicato laboral no polo passivo*) e III.4.2 (*Da alegada falta de intenção de causar prejuízo ao mercado*).

100. No entanto, um outro fato salta aos olhos. Aparentemente, não foi a primeira vez que o Representado pratica a reincidência da conduta recriminada pelo Cade (inclusão da cláusula de limitação de número de clientes/usuários por profissional de educação física).

101. Dados constantes da base de dados do Ministério do Trabalho e Emprego[59] indicam que, em convenções coletivas anteriores firmadas pelo SINDACAD/RJ, também constam cláusulas de semelhante conteúdo que refletem a conduta recriminada pelo Cade, tanto após a comunicação de deferimento da preventiva no PA 08012.005524/2010-40 (junho de 2010) quanto após a condenação definitiva (agosto de 2013). Por exemplo, nas convenções dos anos 2011/2012[60], 2012/2013[61], 2014/2015[62], 2015/2016[63] e 2016/2017[64] foram observadas a inclusão de cláusula análoga àquela constante na CCT 2010/2011.

102. Não parece ser crível, portanto, o argumento de que a motivação para inclusão da cláusula tenha sido unicamente a exigência do SINPEF/RJ para seguir com as negociações e o fato de a negociação dar-se sob nova perspectiva. O SINDACAD/RJ, aparentemente, vem constante e deliberadamente optando por perpetrar a conduta já recriminada pelo Cade.

III.4.7. Do não pagamento da multa aplicada em 2013 até o momento

103. Em 2013, o SINDACAD/RJ e o presidente Ricardo Abreu foram condenados pelo Cade, dentre outras cominações, ao pagamento de multa em favor do Fundo de Direitos Difusos, nos valores de R\$ 40.000,00 e R\$ 6.000,00, respectivamente.

104. Há informações de que, passados 6 (seis) anos da condenação, as multas ainda não foram efetivamente pagas.

105. Em relação ao SINDACAD/RJ, a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE – PFE/Cade informou que há uma execução fiscal[65] movida pela União em face do sindicato patronal, a qual está suspensa desde abril de 2019 em virtude de não terem sido localizados bens do devedor.

106. Já no que tange à condenação à pena de multa aplicada a Ricardo Abreu, o PFE/Cade informou que há decisão ordinária discutindo o mérito da condenação do Cade no âmbito do processo 0001470-09.2014.4.02.5101 perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, tendo o então autor da ação garantido o juízo mediante depósito para suspensão da exigibilidade da multa[66]. Neste autos, houve sentença de mérito pela improcedência do pedido do autor, a qual foi confirmada em sede de recurso[67]. O processo, em princípio, ainda não transitou em julgado[68].

107. O não-pagamento das respectivas multas, combinado com a reincidência reiterada da prática da conduta, demonstram que, no mínimo, o SINDACAD/RJ não tem a menor intenção de cooperar, em boa-fé, para eliminar a prática anticoncorrencial.

108. Dado que, para além da representação de nova conduta, há informações nos autos que podem auxiliar o PFE/Cade na persecução das condenações de multa, sugere-se a vista dos autos àquela Procuradoria Especializada.

III.5. Da necessidade de Adoção da Medida Preventiva

109. Aduzem as representantes que há fundado receio de que o Representado, direta ou indiretamente, possa causar lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

110. Em face do relatado acima a respeito da CCT 2019/2020, o qual configura-se, em princípio, em reincidência de conduta, bem como das circunstâncias fáticas e do histórico da conduta analisado ao longo desta nota técnica, analisa-se, *in casu*, o cabimento de adoção de medida preventiva.

111. A medida preventiva nas investigações antitruste encontra guarida no art. 84 da Lei 12.529/2011[69]. Deve-se levar em conta que a medida preventiva na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência não tem em vista a proteção direta de um concorrente e sim do bem-estar coletivo, ou seja, do interesse público. Feita esta consideração, passa-se a analisar se estão presentes os requisitos legais para a concessão da medida preventiva, nos termos do art. 52 da Lei nº 8.884/94, quais sejam: (i) a aparência do bom direito (*fumus boni iuris*); e (ii) o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado (*periculum in mora*). O mercado relevante, conforme já visto, pode ser definido como as academias, estúdios e escolas de ginástica, musculação e outras atividades físicas localizadas no município do Rio de Janeiro/RJ.

III.5.1. Da presença do “*fumus boni iuris*”

112. Por *fumus boni iuris* entende-se, no âmbito antitruste em sede de condutas, a verossimilhança das alegações, a aparência do bom direito que indica a necessidade de intervenção, desde logo, das autoridades de defesa da concorrência, em razão da presença de indícios de que determinada conduta esteja causando ou possa vir a causar os efeitos anticompetitivos previstos na legislação antitruste.

113. Conforme já exposto ao longo de toda esta nota técnica, há fortes indícios de infração à ordem econômica, consubstanciados na inclusão, pelo SINDACAD/RJ, de cláusula restritiva na Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020 – SINPEF/RJ e SINDACAD/RJ com o intuito de prejudicar o regular funcionamento das academias de ginástica que utilizam o modelo *low cost, low fare* no Rio de Janeiro.

114. Todo setor de academias está em constante aprimoramento e evolução. Como demonstrado, por volta do ano 2010 o setor experimentou o surgimento de um novo modelo de negócios, com custos operacionais mais enxutos, máquinas de ginástica e musculação modernas, e uma nova proposta para atendimento ao consumidor. Com isso, convivem hoje no mundo *fitness* diferentes propostas de academia e estúdios que atendem a diferentes tipos de consumidores. Este mercado está em constante evolução e em franco crescimento, aumentado, deste modo, a demanda por profissionais de educação física.

115. Não obstante, a inserção, na CCT 2019/2020, de uma cláusula limitadora de número de alunos por professores, sem ter, em princípio, quaisquer respaldos em estudos técnicos, nas leis e na regulação, tem potencial para afetar frontalmente a estrutura de custos das academias que optaram pela adoção do modelo *low cost, low fare*. Segundo as Requerentes, o baixo custo operacional é parte fundamental do negócio para que seja possível ofertar mensalidades mais competitivas aos consumidores. E o aumento do custo operacional poderá trazer como consequências, no curto prazo, o inevitável aumento de mensalidades e, em médio e longo prazo, poderá afetar a competitividade do modelo de negócio, com possibilidade de resultar no encerramento das operações das academias que seguem o modelo.

116. A análise do fato de quem fora a ideia da redação da cláusula anticoncorrencial, conforme exposto, não afasta a responsabilidade do SINDACAD/RJ, pois não cabia ao SINDACAD/RJ incluí-la na convenção, pois estava ciente, de forma inequívoca, de seu caráter anticompetitivo, pois já havia sido condenado pelo Cade por igual conduta. A análise permite não excluir o SINDACAD/RJ, mas incluir, também, o SINPEF/RJ. Os indícios de infração à ordem econômica pelos Representados, portanto, estão devidamente documentados na Ata da Assembleia do SINDACAD/RJ de 15/10/2019 e na Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020 – SINPEF/RJ e SINDACAD/RJ, assinada em 16/10/2019.

117. Ademais, a conduta do representado SINDACAD/RJ é reincidente, o que a torna ainda mais grave.

118. O SINDACAD/RJ não somente perpetrou a conduta novamente, como o fez com ciência inequívoca que estava praticando infração à ordem econômica já condenada pelo Órgão Antitruste. **Evidente, portanto, a fumaça do bom direito no caso sob apreciação.**

III.5.2. Da presença do “*periculum in mora*”

119. O requisito do perigo da demora consiste na iminência da produção de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado em virtude da possível infração identificada, de forma a demandar uma atuação estatal imediata, ante o perigo da irreversibilidade do prejuízo causado no mercado pelo Representado.

120. O modelo *low cost, low fare* adotado pelas Representantes, bem como por outras academias de ginástica, é caracterizado justamente por trabalhar com equipe reduzida, disponibilizando espaço e equipamentos de ginástica modernos para que o cliente treine, mas com um número reduzido de profissionais de educação física disponíveis no estabelecimento, o que, frise-se, não viola qualquer lei existente.

121. Desta forma, caso a cláusula que limite a, no máximo, 40 (quarenta) o número de alunos sob supervisão do profissional de educação física no salão de musculação seja efetivamente aplicada, as academias que adotam o modelo *low cost, low fare* ficam prejudicadas, uma vez que a cláusula em questão aumenta os custos do negócio, impossibilitando a manutenção de mensalidades mais baixas, o que é o diferencial competitivo da academia. A entrada de outros empreendimentos que quisessem seguir o modelo *low cost, low fare* também estaria prejudicada. Dessa forma, configurada estaria a produção de prejuízos imediatos e de difícil reparação no mercado.

122. A Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020 – SINPEF/RJ e SINDACAD/RJ está em pleno vigor, pois foi assinada em 16/10/2019, registrada no Ministério de Trabalho e Emprego (MTE)[70], e já é aplicável ao ano em curso, conforme expressamente

previsto em sua cláusula primeira – vigência e data-base[71].

123. A CCT fixa penalidades para o descumprimento do limite de alunos por profissional de educação física, infração esta que poderá ser fiscalizada por fiscais credenciados do sindicato laboral, do sindicato patronal ou do Ministério do Trabalho[72]. Deste modo, já plenamente vigente a convenção, os concorrentes das Representantes, assim como os próprios sindicatos, cientes de que são as academias de baixo custo que poderão ser afetadas por esta relação clientes/professor, podem se mobilizar para requerer, desde logo, a fiscalização dessas academias com o intuito de puni-las por não cumprir a decisão arbitrária.

124. Desta forma, entende-se presente o requisito legal do *periculum in mora* a demandar uma atuação imediata da autoridade, de forma a impedir o cumprimento da cláusula em questão no Rio de Janeiro.

III.5.3. Do escopo da medida preventiva

125. Presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida preventiva, é importante avaliar qual medida melhor restaura as condições concorrenciais do mercado relevante objeto de investigação.

126. Em vista do exposto e como forma de garantir a livre atuação das forças de mercado no setor de academias de ginástica, mantendo o regular funcionamento das empresas já em atuação que adotam o modelo *low cost, low fare* e garantindo a entrada de novos empreendimentos com estratégias similares no mercado de academias de ginásticas no Rio de Janeiro, entende-se pela necessidade de concessão de medida preventiva para:

a) Suspender imediatamente os efeitos da cláusula vigésima da Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020 que estabelece o que segue:

CLÁUSULA VIGÉSIMA - MEDIDAS PREVENTIVAS

Considerando que o Profissional de Educação Física é o responsável pela integridade física e saúde dos clientes, sob sua supervisão presencial direta, no estabelecimento onde atua, fica acordado que nas atividades de musculação, cada Profissional de Educação Física não poderá supervisionar mais de 40 clientes e nas atividades coletivas não poderá supervisionar mais de 50 clientes, estando certo que o presente ajuste não se aplica aos chamados aulas e outras atividades físicas presenciais praticadas em eventos extraordinários dentro ou fora do estabelecimento.

Parágrafo Primeiro - fica certo e bem esclarecido que os clientes que estiverem acompanhados de Personal Trainer, nas atividades de musculação e demais que este profissional estiver atuando, não serão computados para a aferição do cumprimento do estabelecido no Caput desta cláusula.

Parágrafo Segundo - em caso de descumprimento o estabelecimento deverá arcar com as penalidades previstas nesta CCT, para os casos de inobservância de suas cláusulas.

Parágrafo Terceiro - a apuração desta infração poderá ser feita por fiscais, devidamente credenciados, do sindicato laboral, sindicato profissional ou pelo Ministério Público do Trabalho, garantido o direito constitucional da ampla defesa, antes da lavratura de qualquer auto de infração, bem observado e ressalvado o disposto no parágrafo primeiro desta cláusula.

b) Determinar ao SINDACAD/RJ que comunique por escrito a suspensão dos efeitos da cláusula vigésima da Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020 aos seus associados e à Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da notificação da presente decisão. A comprovação da comunicação por parte do SINDACAD/RJ deverá ser protocolada perante o Cade no prazo de 15 (quize) dias a contar da notificação da presente decisão.

127. Tendo em vista a gravidade dos fatos verificados, em especial por tratar-se de indícios de reincidência de conduta já condenada pelo Cade, sugere-se, ainda, a fixação de multa, em caso de descumprimento da medida preventiva, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de descumprimento, até a decisão final do processo administrativo.

128. Ressalte-se que esta decisão pela adoção de medida preventiva para suspender os efeitos de cláusula contida em Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020 é baseada no fato de que, muito embora os Sindicatos representativos de categorias econômicas e laborais possam estipular condições de trabalho aplicáveis às relações individuais de trabalho, no âmbito de suas respectivas representações, conforme o art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, estes não podem extrapolar as suas competências e estipular condições que afrontam a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. Presente aqui o consolidado entendimento da prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

IV. CONCLUSÃO

129. Ante o exposto, afasto as preliminares de falta de competência do Cade e de ilegitimidade passiva da presidente do SINDACAD/RJ, com fundamento no exposto nos itens III.3.1 e III.3.2 desta nota técnica.

130. Acato a preliminar de litisconsorte passivo trazido pela defesa, e, com fulcro na fundamentação constante no item III.3.3 desta nota técnica, determino a inclusão, como investigados, do Sindicato dos profissionais de Educação Física do Rio de Janeiro (SINPEF/RJ) e do seu vice-presidente, e presidente em exercício à época dos fatos, Diego Gonçalves Marques.

131. Indefiro o pedido de atribuição de sigilo e/ou acesso restrito aos autos. A regra geral dos processos administrativos é de ampla publicidade. Nos termos do art. 66, §10, da Lei 12.529/2011, a atribuição de tratamento sigiloso às investigações é prerrogativa do Cade, no interesse das investigações e quando as circunstâncias o exigirem, e somente em sede de Procedimento Preparatório ou de Inquérito Administrativo. No caso, não há, em princípio, quaisquer informações e documentos nos autos protegidos por sigilo ou que constituam informação relativa à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (Regimento Interno do Cade - RICADE, arts. 51 e 52)[73], sendo que, se forem juntados aos autos informações desse tipo, a elas – e somente a elas – será deferido acesso restrito em apartados separados. Os autos do Processo Administrativo são públicos.

132. Em razão da existência de fortes indícios de infração à ordem econômica, determino a instauração do inquérito administrativo, com fulcro nos arts. 13, III, e 66 e seguintes, ambos da Lei 12.529/2011, em desfavor do Sindicato das Academias do Rio de Janeiro (SINDACAD/RJ) e de sua presidente Presidente Maria José Montenegro Dale e do Sindicato dos Profissionais de Educação

Física do Rio de Janeiro (SINPEF/RJ), bem como de seu vice-presidente, Diego Gonçalves Marques, a fim de ser investigada conduta passível de enquadramento no art. 36, I, e 36, §3º, inc. IV e VIII, da Lei 12.529/2011.

133. Também determino a inclusão no polo passivo do inquérito administrativo a ser aberto do Sindicato dos Profissionais de Educação Física do Rio de Janeiro (SINPEF/RJ), bem como de seu vice-presidente, Diego Gonçalves Marques, a fim de ser investigada conduta passível de enquadramento no art. 36, I, e 36, §3º, inc. IV e VIII, da Lei 12.529/2011. Ciência ao protocolo.

134. Entende-se também pela necessidade de intervenção imediata da autoridade antitruste como forma de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação à livre concorrência. Deste modo, com fulcro no art. 13, XI, da lei 12.529/2011[74], **defiro** a concessão de medida preventiva nos termos estipulados no item III.5.3 da presente nota. Tendo em vista a gravidade dos fatos verificados e a reincidência da conduta, fixo, a título de multa em caso de descumprimento da medida preventiva, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de descumprimento, até a decisão final do processo administrativo.

135. Decide-se pelo envio de ofícios ao Ministério Público Federal (Procuradoria da República no Rio de Janeiro)[75], ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro[76] e ao Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro[77], comunicando o andamento da presente investigação e as decisões desta SG/Cade.

136. Abra-se vista dos autos à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, nos termos do exposto no item III.4.7.

137. Estas as conclusões.

[1] Processo 08700.005772/2019-71, anexado ao Processo 08700.005683/2019-24.

[2] Despacho de registro sindical do Ministério do Trabalho e Emprego: Sindicato das Academias do Município do Rio de Janeiro - SJNDACAD/RJ: "representante da categoria Econômica organizada empresarialmente em forma de academias, estúdios, e escolas de: ginástica, musculação, danças, artes marciais, atividades aquáticas, yoga, tai-chi-chuan, pilates, tênis, futebol, natação, e demais modalidades de atividades físicas, desportivas, congêneres, idênticas, similares ou conexas, com abrangência municipal e base territorial no município do Rio de Janeiro – RJ"

[3] SEI 0694999.

[4] SEI 0692047

[5] Sindicato dos Empregados em Clubes, Estabelecimentos de Cultura Física, Desportos e Similares do Estado do Rio de Janeiro" (SEI 0694999, doc. 2)

[6] Cláusula 20ª da Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2020 – Sindacad/RJ e Sinpef/RJ.

[7] O CONFEF é uma autarquia especial sem fins lucrativos com abrangência em todo o território brasileiro criada pela Lei Federal nº. 9.696, de 1º de setembro de 1998, com personalidade jurídica e autonomia administrativa, financeira e patrimonial, organizada de forma federativa como Sistema CONFEF/CREFS.

[8] O CREF-1 tem jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, conforme estatuto Social: "Art. 1º - O Conselho Regional de Educação Física da Primeira Região – CREF1/RJ-ES, com sede e Foro na Capital na cidade do Rio de Janeiro, sito à Rua Adolfo Mota, nº 104, Tijuca – Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20540-100 e abrangência nos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, autarquia especial sem fins lucrativos, com personalidade jurídica e autonomia administrativa, financeira e patrimonial, exerce e observa, em sua respectiva área de abrangência, as competências, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal de Educação Física - CONFEF, no que couber e no âmbito de sua competência material e territorial, e as normas estabelecidas na Lei nº. 9.696, de 01 de setembro de 1998, e nas Resoluções do CONFEF". Disponível em: https://cref1.org.br/media/uploads/2017/04/estatuto_cref1.pdf, acesso em 12/12/2019.

[9] Cita a Requerente os seguintes exemplos: McFit (<https://www.mcfite.com/mitgliederschaft/>) na Alemanha, Áustria, Polônia e Itália; Anytime (<https://www.anytimefitness.com/>), Snap Fitness (<http://www.snapfitness.com/>), Planet Fitness (<http://www.planetfitness.com/>) e Chuze Fitness (<https://chuzefitness.com/>) nos Estados Unidos; PureGym (<https://www.puregym.com/>), The Gym (<https://www.thegymgroup.com/>) e EasyGym (<https://www.easygym.co.uk/>) no Reino Unido; Fitness Hut (<https://www.fitnesshut.pt/>) em Portugal; Viva Gym (<https://www.vivagym.es/>) na Espanha; Basic Fit (<http://www.basic-fit.com/>) na Holanda; Clever Fit (<http://www.clever-fit.com/>) na Alemanha etc.

[10] Processo 08700.005772/2019-71.

[11] Sem que a outra parte seja ouvida.

[12] A respeito do pedido de confidencialidade, a Requerente peticionou em 03/12/2019 informando não haver necessidade de manutenção do sigilo (SEI 0691932).

[13] SEI 0694999.

[14] Informam que a validade da resolução está sendo discutida em processo judicial.

[15] Ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem) contra dispositivos da Lei Complementar (LC) 170/1998, de Santa Catarina, que limita o número máximo por alunos por sala de aula no estado.

[16] Informa a Requerente que essa sociedade foi posteriormente incorporada pela Smart Fit.

[17] Prática, à época, passível de enquadramento no art. 20, I, c/c art. 21, V e X, ambos da Lei nº 8.884/94.

[18] §92 da Nota: A Resolução 21/2000 determina nesse sentido tão somente que: "as pessoas jurídicas prestadoras de serviços em atividades físicas, esportivas e similares (...) têm o dever legal de assegurar que as prestações desses serviços sejam desenvolvidas de forma ética, sob a responsabilidade de profissional devidamente inscrito no Conselho Regional de Educação Física". Da leitura, infere-se que o CONFEF exige de uma academia de ginástica apenas a manutenção de ao menos um profissional graduado em educação física como responsável técnico no estabelecimento.

[19] Parecer 385/2012/AGU/PGF/PFECADÉ.

[20] Parecer 028 – LA/PRR/CADE – 2012.

[21] Fls. 196-218, Vol. III, SEI 0041526.

[22] Documento de 07/08/2013, fls. 256-257 e 261-280, Vol. 3 – SEI 0041526.

[23] Associação Brasileira de Academias.

[24] Registro no MTE nº RJ002190/2019, de 05/11/2019, Processo 13041.106236/2019-32.

[25] Convenção 2019/2020: "CLÁUSULA SEGUNDA – ABRANGÊNCIA: A presente Convenção Coletiva de Trabalho abrangerá a(s) categoria(s) profissionais empregados egressos das Instituições de Ensino Superior Públicas e Particulares (Bacharéis, licenciados); os egressos dos cursos de Formação Técnica (de segundo grau) e os egressos das Escolas Militares de Educação Física, Exército, Marinha e Aeronáutica, que atuem em Escolas, Clubes, Academias, Condomínios, Escolinhas e Clínicas, com abrangência territorial em Rio de Janeiro/RJ".

[26] Estatuto Social Sindacad/RJ: Art. 1º - O Sindicato das Academias do Rio de Janeiro, com sede e foro na Avenida Rio Branco, 255,257 s/s 901/902, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20.040-090, é constituído para fins de estudos, defesa, coordenação, proteção e representação legal da categoria

econômica organizada empresarialmente para prestação de serviços de atividades físicas e desportivas em Academias, Estúdios, Escolas de Ginástica, Musculação, Danças, Artes Marciais, Atividades Aquáticas, Yoga, Tai-chi-chuan, Pilates, Tênis, Futebol, Natação, no município do Rio de Janeiro.

[27] Lei 12.529/2011: Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

(...) § 2º A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei.

[28] CF/1988: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Lei 12.529/2011: Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. (...)

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

[29] Fls. 245-260, Vol. II – SEI 0041524.

[30] Decisão de 19/01/2011, Processo 0001458-82.2010.5.01.0023, da 23ª Vara da Justiça do Trabalho do Rio de Janeiro.

[31] Fl. 289, Vol. II - SEI 0041524.

[32] Sentença proferida em novembro de 2012.

[33] Decisão de 22/02/2013.

[34] Decisão da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, que, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo Sindicato das Academias do Estado do Rio de Janeiro – Sindacad/RJ, julgada em 13/05/2014. Do voto da decisão: "(...) E a pretensão, *data venia*, não diz respeito à relação de trabalho, porquanto bastante claros os motivos que levaram à instauração do processo administrativo no âmbito da Secretaria de Desenvolvimento Econômico (o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é atualmente constituído pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme artigo 3º da Lei 12.529/11), que se referem a possível infração à ordem econômica. Repiso, por oportuno, o pronunciamento do Ministério Público do Trabalho, porque "[...] embora o caso diga respeito a uma das cláusulas inseridas em Convenção Coletiva de Trabalho, certo é que, nos termos como apresentado o pedido (nulidade de processo administrativo da Secretaria de Direito Econômico), não há como ver a situação enquadrada em uma das situações descritas no artigo 114 da Constituição da República, a ensejar a competência da Justiça do Trabalho [...]".

[35] Lei 12.529/2011: Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

[36] SEI 0694999.

[37] Ata da assembleia do Sindacad/RJ de 21/05/2019: "(...) foi apresentada a proposta de CCT que o SINDECLUBES enviou ao SINDACAD, onde propunham o reajuste salarial linear no percentual de 8,07% - INPC acumulado de abril/2019 + 3% (três por cento) de ganho real - e ainda o pedido de inclusão de cláusula concedendo a licença remunerada para casamento de 5 (cinco) dias úteis, a partir do 1º dia após o casamento. A mesa diretora apresentou a possibilidade em atender a reivindicação sobre a licença para casamento e uma contraproposta de 5% de reajuste, valor este que estaria próximo ao INPC acumulado no período, já que o percentual solicitado pelo SINDECLUBES está acima do que as academias pudessem atender, o que foi rejeitado, após alguns associados defenderem calorosamente, a rejeição integral as solicitações do SINDECLUBES e a contraproposta do SINDACAD, sob argumentos de que o Mercado de Fitness está em meio a um grande momento de adversidade. A Sra. Presidente solicitou que os associados propusessem um valor máximo que pudesse ser levado à negociação com o SINDECLUBES. Colocado em votação, por maioria de votos foi autorizado ao SINDACAD negociar até um percentual de reajuste de 2% sobre os salários e mantendo-se todas as demais cláusulas da CCT 2018/2019" (SEI 0694999).

[38] Vide a Carta Aberta ao CRPF-1, assinada pelo Presidente do Sindacad/RJ, Ricardo Abreu: "Em assembleia datada de 29 de abril do corrente ano, o Sindacad/RJ se posicionou oficialmente contra o 'Modelo Smart Fit' de academia, (...). Vale dizer que o perigo que o 'Modelo Smart Fit' de academia representa para o mercado está acima das atuais divergências entre as entidades, uma vez que é inegável ocorrerá o desemprego dos Profissionais de Educação Física e o fechamento de diversas academias. Nesse sentido, solicita-se uma posição oficial do CREF-1 sobre o "Modelo Smart Fit" de academia, que deve ser divulgada de forma aberta para todo o segmento do *fitness*, de igual forma que é feita a presente, para que não fique nos bastidores das entidades esse tema de extrema relevância". (Fl. 122 – Vol. I, PA anterior - SEI 0041517).

[39] Processo Administrativo 08012.005524/2010-40.

[40] Justiça Federal do Distrito Federal, MS 0047303-78.2010.4.01.3400, impetrado pelo Sindicato dos Empregados em Clubes, Estabelecimentos de Cultura Física, Desportos e Similares do Estado do Rio de Janeiro (Sindeclubes) em face da Secretária de Direito Econômico (SDE), com sentença proferida em 21/11/2011. Disponível em <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>, acesso em 16/12/2019.

[41] Processo 0001470-09.2014.4.02.5101, TRF2, decisão publicada em 05/10/2016, disponível em <http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>, acesso em 09/01/2020.

[42] Ata da Assembleia Geral Ordinária de 15/10/2019 – Sindacad/RJ: "(...) O segundo chamado foi José Antônio da Rosa, da Smart Fit, que passou a vez dele para o Dr. Mário Duarte, advogado da Smart Fit, que apresentou um parecer do Dr. Estevão Mallet que a cláusula de limitação dos profissionais e ilegal e inconstitucional. Continua dizendo que o CADE multou o SINDACAD e o Dr. Ricardo Abreu em 2013, pois a cláusula é limitadora da concorrência e ofende a legislação. Afirmando que essa cláusula não deveria ser colocada em votação. Pedindo esclarecimento do presidente do SINDACAD sobre essa situação do CADE. (...) O quarto chamado foi Mário Duarte, da Smart Fit, ele teve seus 2 minutos, pois os anteriores foram cedidos pelo Sr. José Antônio da Rosa, ele volta a defender a mesma posição. O quinto chamado foi o Dr. Cláudio Benedette da Smart Fit e também defendeu a mesma posição do Dr. Mário Duarte, da Smart Fit. (...) O nono chamado foi Kleber Pereira, da Centro de Performance Humana Para ele essa ação do CADE é coisa do passado e conclui que deveria ser dado andamento votação, e caso necessário tornar as medidas jurídicas. (...) José Antônio da Rosa fala que três academias são diretamente afetadas com a cláusula dos clientes, Smart Fit, Blue Fit e Self It. Afirma que vai fazer todos os esforços possíveis caso a cláusula seja aprovada em assembleia, encerrando sua participação.

[43] Estatuto, art. 32. (...) "II. A fim de garantir o equilíbrio democrático de votos nas Assembleias Gerais, as deliberações serão tomadas por maioria dos votos presentes, no mínimo metade mais 1 (um) dos membros associados, plenamente em dia com seus deveres previstos no Artigo 70 e com direito a voz e voto, estando certo que as academias com filial ou filiais associadas terão direito a 1 (um) único voto para representar sua matriz ativa e em plena atividade comercial, ou seja, não tendo as filiais direito a voz e voto além daquele garantido à sua matriz. Caso a matriz da(s) filial(ais) associada(s) seja localizada fora do município do Rio de Janeiro e por isso impedida de fazer parte do quadro associativo, será garantido o direito de tal matriz de eleger uma de suas filiais associadas, exercendo assim o direito de voz e de 1 (um) único voto; (...)"

[44] Resolução CREF-1 109/2019: Art. 1º Estabelecer o número máximo de clientes/alunos por Profissional de Educação Física, conforme o quadro descritivo abaixo: (...) Ginástica, atividades coletivas/Treinamento Funcional – 50; Musculação 35; (...). Disponível em <https://cref1.org.br/media/uploads/2019/05/2019.pdf>, acesso em 17/12/2019.

[45] A Associação Brasileira de Academias, mais conhecida como ACAD, reúne estabelecimentos de diversos portes e modelos de negócio – Academias Gustavo Borges, Cia Athletica, Korpus, Smart Fit, Body Tech etc. Reúne estabelecimentos do setor *fitness* com a finalidade de desenvolver o mercado no segmento, promover a atividade física no país e prestar suporte aos associados quando necessário. Atuando em nível nacional, com sede no Rio de Janeiro e representações regionais, a ACAD preconiza em seu site que busca melhores resultados para empreendedores do setor, atuando de forma intensiva junto aos órgãos públicos e ao mercado como um todo. Disponível em <https://www.acadbrasil.com.br/acad-brasil/>, acesso em 17/12/2019.

[46] Processo 5033321-05.2019.4.02.5101/RJ, decisão de 03/06/2019, Justiça Federal do Rio de Janeiro. Disponível em https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_consulta_publica, acesso em 18/12/2019.

[47] Processo 5007804-72.2019.4.02.0000/RJ. Decisão, por unanimidade, da 6ª Turma do TRF2.

[48] Carta Aberta ao CRPF-1, assinada pelo Presidente do Sindacad/RJ, Ricardo Abreu: "(...) o perigo que o "Modelo Smart Fit" de academia representa para o mercado (...), uma vez que é inegável ocorrerá o desemprego dos Profissionais de Educação Física e o fechamento de diversas academias. (...)". (Fl. 122 – Vol. I, PA anterior - SEI 0041517).

[49] Os números mais recentes da Organização Mundial da Saúde sobre sedentarismo no Brasil demonstram que 47% da população não pratica o mínimo de atividade física recomendado pela instituição para manter-se saudável — 150 minutos por semana. Disponível em <https://exame.abril.com.br/negocios/onda-fitness-movimenta-us2-bi-no-brasil-e-so-cresce-veja-como-aproveitar/>, acesso em 17/12/2019.

[50] Notícia de 06/03/2019, disponível em <https://exame.abril.com.br/negocios/onda-fitness-movimenta-us2-bi-no-brasil-e-so-cresce-veja-como-aproveitar/>, acesso em 17/12/2019.

[51] Notícia de 27/06/2017, disponível em <http://www.sp.senac.br/jsp/default.jsp?tab=00002&newsID=a21201.htm&subT>, acesso em 17/12/2019.

[52] Notícia de 03/08/2017, disponível em <https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/mercado-fit-e-longevidade-aumentam-procura-pela-carreira-de-educacao-fisica.ghtml>, acesso em 17/12/2019.

[53] Das piscinas para os negócios: Gustavo Borges conta como se tornou empreendedor no disputado mercado esportivo (...) Depois do encerramento da carreira em 2004, o lado empresário começou a surgir. Em 2005, o ex-atleta criou o método Gustavo Borges com o objetivo de sistematizar rotinas de aulas que aprimoram as estratégias de ensino da natação. (...) 13 anos depois, em 2018, Gustavo vê seu esforço na implementação e divulgação da metodologia por academias de natação em todo o país dar resultado. E muito! Atualmente 380 escolas licenciadas por todo o Brasil adotam sua linha de ensino, além das quatro academias próprias que levam seu nome. (...) Notícia de 20/04/2018, disponível em <https://sportsjob.com.br/das-piscinas-para-os-negocios-gustavo-borges-conta-como-se-tornou-empresario-no-disputado-mercado-esportivo/>, acesso em 08/01/2020.

[54] Como é o Mercado Fitness do Brasil nos dias atuais?

(...) No ano de 2015, em meio ao turbilhão da crise que vivemos, sofremos uma diminuição no crescimento de nossa economia de forma geral, porém o setor do fitness cresceu 8%. (...) Nos últimos anos, o segmento do mercado fitness deu origem a grandes empresas, como as redes de academias Bodytech e a Companhia Athletica que conheceram uma expansão vertiginosa, mas não foram somente os grandes negócios que se destacaram e dominaram o mercado. Pequenas e médias empresas estão surgindo a cada dia com produtos próprios ou franquias não somente de academias, mas de todo universo que a prática de atividade física entra em contato, como, por exemplo restaurantes, vestuários, calçados, alimentação, etc. (...) Para garantir esse crescimento, os modelos de negócios estão se sofisticando diariamente, seja pela infraestrutura apresentada aos clientes ou por conta das diferentes metodologias de treinamento. (...) Notícia de 11/04/2017, disponível em <https://www.iespe.com.br/blog/mercado-fitness/>, acesso em 08/01/2020.

[55] Porque as academias de ginástica estão malhando também

Para enfrentar a crise da falta de dinheiro na economia, a redução da renda dos brasileiros e a concorrência acelerada, o mercado fitness se desdobra para sobreviver com novas estratégias e mais investimentos (...) Enquanto as pequenas academias buscam reduzir a ociosidade oferecendo preços melhores para horários com menor número de alunos e planos mais acessíveis, as grandes investem para se ajustar e ampliar a fatia de mercado ou complementar a rede de atendimento na cidade. A Cia Athletica está investindo entre R\$ 4 milhões e R\$ 5 milhões até o fim do ano para repaginar toda sua área no Diamond Mall, onde está há 15 anos. Já a Bodytech acaba de concluir um investimento de R\$ 7 milhões para inaugurar no Ponto Lar Shopping a sua quarta unidade na Grande BH. As duas redes, que atuam no segmento de oferta completa de serviços com atendimento profissional para um público que vai das primeiras idades até os centenários, reconhecem a movimentação no mercado nos últimos anos, mas apostam no diferencial dos serviços. (...) Notícia de 18/08/2019, disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/08/18/internas_economia,1078035/porque-as-academias-de-ginastica-estao-malhando-tambem.shtml, acesso em 08/01/2020.

[56] Disponível em <https://www.istoedinheiro.com.br/na-onda-da-nova-economia-aplicativos/>, acesso em 08/01/2020.

[57] Revista Empresário – Fitness & Healthy, Edição 83/2019

(...) Monica Marques, atual membro do board da IHRSA, é sócia e diretora técnica da Companhia Athletica, que conta com 16 unidades multifuncionais e modernas. Ela conta que, durante a última crise no país, a empresa não inaugurou nenhuma nova unidade, mas investiu fortemente em melhorias, novos produtos e serviços premium adicionais. (...) Mesmo diante desse cenário, surge, no Brasil, a BlueFit, agora considerada uma das maiores empresas fitness do país, com meta de expandir para 250 unidades até 2020. Suas instalações têm cerca de 1.200 metros quadrados, oferecem uma média de 200 aulas por mês e estão abertas 24 horas por dia. A Smart Fit, outra gigante do setor, se expande internacionalmente, estando presente em diversos países das Américas do Sul e Central e atende a mais de 2 milhões de pessoas. A rede de academias BodyTech também se expande pelas Américas, totalizando quase 200 unidades. (...) Além disso, menos de 5% da população brasileira adere a programas de exercícios em academias, contra uma média de 17% nos maiores países em taxas de penetração. (...) Disponível em <https://revistaempresariofitness.com.br/destaque/o-mercado-fitness-na-america-latina/>, acesso em 08/01/2020.

[58] Grupo Bodytech anuncia plano de expansão para 2013

Fundador da Accioly Fitness Participações, empresa controladora do Grupo Bodytech, Alexandre Accioly adianta: há outras seis unidades com inaugurações previstas para este ano e o primeiro semestre de 2014. Nesta conta entram também as unidades Fórmula, marca de academia mais compacta operada pelo grupo. Há cinco unidades em funcionamento e outras oito passando por obras, com previsão de abertura até 2014. Os números ganham musculatura quando considerada a expansão do grupo Brasil afora.

— Começamos o ano com 34 Bodytechs e 13 Fórmulas presentes em dez estados. Pretendemos terminá-lo com 51 Bodytechs e 49 Fórmulas espalhadas por 18 estados — conta Accioly. (...) Notícia de 10/04/2013, disponível em <https://franquia.com.br/noticias/grupo-bodytech-anuncia-plano-de-expansao-para-2013>, acesso em 08/01/2020.

[59] Consulta pública disponível em <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mедиador/ConsultarInstColetivo>, acesso em 02/12/2019.

[60] CCT 2011/2012 – Sindclubes/RJ e Sindacad/RJ, registro no MTE RJ000824/2011, Cláusula 14ª: "Os Profissionais de Educação Física empregados não podem ter sob a sua supervisão mais de 50 clientes dentro de um mesmo estabelecimento, no mesmo horário, com exceção das aulas coletivas (...)".

- [61] CCT 2012/2013 – Sindclubes/RJ e Sindacad/RJ, registro no MTE RJ000960/2012, Cláusula 3ª, §1º, item “b”: “Os Profissionais de Educação Física empregados não podem ter sob a sua supervisão mais de 50 clientes dentro de um mesmo estabelecimento, no mesmo horário, com exceção das aulas coletivas (...)”.
- [62] CCT 2014/2015 – Sindclubes/RJ e Sindacad/RJ, registro no MTE RJ000947/2014, Cláusula 11ª, item “c”: “Os Profissionais de Educação Física empregados não podem ter sob a sua supervisão mais de 50 clientes dentro de um mesmo estabelecimento, no mesmo horário, com exceção das aulas coletivas (...)”.
- [63] CCT 2015/2016 – Sindclubes/RJ e Sindacad/RJ, registro no MTE RJ001376/2015, Cláusula 11ª, item “c”: “Os Profissionais de Educação Física empregados não podem ter sob a sua supervisão mais de 50 clientes dentro de um mesmo estabelecimento, no mesmo horário, com exceção das aulas coletivas (...)”.
- [64] CCT 2016/2017 – Sindclubes/RJ e Sindacad/RJ, registro no MTE RJ001759/2016, Cláusula 11ª, 1, item “c”: “Os Profissionais de Educação Física empregados não podem ter sob a sua supervisão mais de 50 clientes dentro de um mesmo estabelecimento, no mesmo horário, com exceção das aulas coletivas (...)”.
- [65] Processo 0049656-52.2014.4.01.3400, Justiça Federal do Distrito Federal, disponível em <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>, acesso em 09/01/2020.
- [66] Página 914 do PA 08012.005524/2010-40, correspondente à fl. 155 do Volume 4, SEI 0041527.
- [67] O acórdão, publicado em 05/10/2016, não deu provimento à apelação do autor, mantendo a sua condenação pelo Cade por infração à ordem econômica.
- [68] O recurso do autor Ricardo Marques de Abreu ao Superior Tribunal de Justiça (AREsp nº 1327788) não foi conhecido (em 16/10/2018), tampouco o agravo desta decisão (29/04/2019). Do mesmo modo, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou seguimento ao Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, em 24/10/2019. Consulta em http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp, acesso em 09/01/2020.
- [69] Lei 12.529/2011: Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. § 1º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei.
- [70] Registro RJ002190/2019, de 05/11/2019.
- [71] CCT 2019/2020, Cláusula 1ª: As partes fixam a vigência da presente Convenção Coletiva de Trabalho no período de 01º de maio de 2019 a 30 de abril de 2020 e a data-base da categoria em 01º de maio.
- [72] CCT 2019/2020, Cláusula Vigésima: Parágrafo Segundo - em caso de descumprimento o estabelecimento deverá arcar com as penalidades previstas nesta CCT, para os casos de inobservância de suas cláusulas.
Parágrafo Terceiro - a apuração desta infração poderá ser feita por fiscais, devidamente credenciados, do sindicato laboral, sindicato profissional ou pelo Ministério Público do Trabalho, garantido o direito constitucional da ampla defesa, antes da lavratura de qualquer auto de infração, bem observado e ressalvado o disposto no parágrafo primeiro desta cláusula. (...)
Cláusula Vigésima Sexta – Multa por descumprimento: Fica estabelecida a multa de R\$60,00 (sessenta reais) por infração e por Profissionais de Educação Física envolvido em caso de descumprimento de qualquer das cláusulas contidas nesta Convenção por qualquer uma das partes signatárias (SINPEF/RJ e SINDACAD)
- [73] RICADE disponível em http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/RICADE_atualizado.pdf, acesso em 18/12/2018.
- [74] Lei 12.529/2011: Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: (...) XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; (...).
- [75] Procuradoria da República no Rio de Janeiro. Av. Nilo Peçanha, 31, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20020-100. Sítio: <http://www.mpf.mp.br/rj/rj>.
- [76] Ministério Público do Rio de Janeiro. Av. Marechal Câmara, nº 370, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20020-080. Sítio: <http://www.mprj.mp.br/>.
- [77] Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro, Av. Churchill, 94, 7º ao 11º andares, Centro Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20020-050. Sítio: <http://www.prt1.mpt.mp.br/>.



Documento assinado eletronicamente por **Carolina Helena Coelho Antunes Fontes, Coordenador-Geral**, em 21/02/2020, às 17:46, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Beatriz Pierri, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental**, em 21/02/2020, às 17:49, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0721619** e o código CRC **4DD58EA6**.