

PROFFER

**Ana Carolina Garcia Costa Cristiano Cassiolato Cláudia Augusta
Lopes de Mendonça Felipe Guimarães Amantéa**

1. INTRODUCTION

The North American accusatory system admits a series of bargains around guilt. This occurs not only in the interests of the investigated, who may have their criminal responsibility mitigated or even in certain circumstances exempted, but also in the interest of the State as responsible for the prosecution: gain of time in the solution of criminal cases, recovery of assets, obtaining evidence for derivative cases and other advantages that traditional litigation would not be able to obtain.

However, until a good term is reached between the investigated and the State, a series of interviews and revelations will take place. It is precisely to start this dialogue between the author of the crime- usually a target, but sometimes a witness or subject- and those responsible for the criminal prosecution and in an environment marked by antagonism, i.e., on one side of the table the perpetrator and on the other side one or more law enforcement officials and prosecutors, that a kind of contract takes place. According to which the State offers to the perpetrator certain guarantees and conditions so that, if accepted, they can report the crimes committed, the profit obtained from the illicit, reveal the location of assets, report other offenders or show their innocence, if they are not guilty (in this case, they can become witness or they are not going to be charged).

Proffer - a word from ancient English that means offer – means a signed document written by the prosecutors and brought to the attention of the investigated in a meeting usually held at the state attorney's office where, after discussing its clauses, also is signed by the investigated(s) and its lawyer stipulating the guarantees they will have in order to be able to reveal to the investigators everything he knows about the criminal activity.

It is about this theme that the present work is dedicated with an exposition about the institute, the obligations of the investigated and the benefits derived from his collaboration and the consequences in case of breach of contract.

2. THE INSTITUTE

Proffer is an institute, also referred to as "Queen for a day"¹, used in North American Law that, in general terms, refers to an offer made by the prosecutor in a meeting that takes place in the course of a governmental investigation and in which the author(s) of the facts participates, also its defender, the Public Prosecutor, and other agents involved in the investigation may also be present.

Each district in the U.S. has a model of how proffer works, because this institute is an informal pre-agreement and it's not well defined by legislation, and this article is going to present the general rules that are usually followed all over the American country.

Usually, there are two situations in which the defendant could cooperate with the law enforcement agents:

First, when the evidence against the defendant is so strong that it can't be contradicted.

Second, when the defendant's trial risks are significant and the defendant(s) could receive relevant credit for its cooperation, such as being charged with a smaller offense instead of a crime, or getting a reduction of time in the prison sentence.

As a rule, proffer opportunities don't apply to violent crimes or to individuals with a history of violence.

Before the interview, the prosecutor, the defendant and its lawyers will sign a proffer agreement, limiting the terms of the discussion and working as a guide on how the prosecutor can use the information received during the session. This interview will also be the moment when the public prosecutor will decide whether the information given by the defender's client will be helpful to them or not.

Usually, there is a limited immunity guiding the meeting. The relative immunity offered by the proffer is regulated by the Rule 420 of the Federal Rules of Evidence, according to which:

Statements made during any plea discussions with a lawyer who has the authority to prosecute, if the discussions didn't result in a guilty plea, are not admissible against a defendant who made the plea or who participated in a plea discussion.

¹ Because of a 1950s TV show that chose one of four sad histories, whoever was judged to be living the most challenging life, as determined by the audience's applause meter, was crowned queen for a day.

After the proffer contract is signed, there will be another step, which will be a formal and recorded interview with the presence of the law enforcement agents, also in the pre-procedural phase.

The defendant should share with the government everything it knows about the crime and the people involved during a proffer, telling the truth and not withholding any information.

A good summary of the purpose of the proffer lies in the article *Understanding Proffers in Federal and White Collar Criminal Cases: Frequently Asked Questions*, according which:

Most commonly, PROFFERS are a prelude to cooperation. The individual is under investigation or has been charged with a crime, and wants to offer information to law enforcement authorities in exchange for some benefit, such as dropped or reduced charges or an agreement for a lower sentence. However, law enforcement authorities do not know whether the individual is going to give truthful information or if the information will be useful. An informal PROFFER allows the individual to give some bits of information so that law enforcement authorities can decide whether they want to offer formal cooperation. In other words, a PROFFER can be like an "audition" to determine whether an individual will be allowed to cooperate with the government.

In this way, proffer can be an opportunity for the defendant in a criminal action to cooperate with the investigations by offering information that could bring new elements to the enlightenment of the facts without that being used against it.

After this, the Prosecutor analyses whether the information is relevant or useful and may offer some benefit to the individual, such as exclusion from prosecution or an offer of a lighter penalty.

The judicial analysis of PROFFER is limited to identifying if the defendant can accept the proffer and if the positive, less severe penalty recommendation offered is reasonable.

3. RULES AND EXCEPTIONS

Each State of the American Federation regulates the PROFFER institute, but in general, it follows some exceptions:

- Honesty exception - The defendant must always tell the truth, and a PROFFER is not an opportunity to blame others and present oneself as an innocent bystander.

- Derivative exception - The government can pursue all investigative leads derived from the PROFFER. In addition, the government may make derivative use of any statement by following investigative tips to other evidence, as established by *Kastigar v. the United States* (1972). The Kastigar waiver associated with PROFFER letters allows the government to pursue and use these leads without having to attend later a hearing where it would have to justify the use and results of the defendant's PROFFER information.
- Impeachment exception- If any inconsistency occurs between the statements made in the PROFFER and those made in the trial testimony, the PROFFER agreement will be disregarded.

4. THE BENEFITS TO THE DEFENDANT

A PROFFER agreement is not a promise of absolute immunity. Still, an agreement between the defendant and the government for a certain level of immunity and the defendant that cooperates can be eligible for a favourable, less severe penalty recommendation.

The government will agree to provide the defendant with several benefits in exchange for receiving true and important information.

Although the PROFFER agreement can't make concrete promises regarding the result of the defendant's case, the government will agree not to use the information provided by the defendant during the PROFFER against him in court.

Another benefit is that the government will further agree that if the defendant is ultimately charged and convicted, the government will not seek to enhance the offence level based on statements made at the PROFFER session.

The immunity given in a PROFFER agreement is not absolute because if the defendant lies during the PROFFER session, he can be accused of a crime of falsehood or be impeached. This last case occurs when he makes statements in the PROFFER session and, after, during the trial, brings different information.

As mentioned in the article "*A Survey of Federal PROFFER Agreements: the shortcomings and pitfalls in the Government's Promised Protections*", in the case *United States v. Rosemond*, the District Court made some important holdings, since it

was found that PROFFER agreements are contracts to be interpreted according to ordinary principles of contract law and must be interpreted to give effect to the intent of the parties. As a result, it is not allowed to the Defense make any factual assertion at trial that could be rebutted by the PROFFER statement. As seen In *United States v. Velez*, the Government is allowed to introduce the plea negotiation statements not only when the defendant testified inconsistently, but also when the defense presented contradictory other evidence or even arguments. 354 F.3d 190, 195 (2d Cir. 2004).

5. CONSEQUENCES IN CASE OF BREACH OF CONTRACT

Suppose it is later learned that facts provided during the PROFFER are inconsistent with information, evidence, and representations received by third parties. In that case, the PROFFER statements may be used against the person who made the statement during the trial.

The government would use this PROFFER information to refute the witness's information to impeach that person. In such a case, the government will introduce the PROFFER information as evidence against the defendant at trial. As seen in *United States v. Barrow*, 400 F.3d at 121, rebuttal is a flexible concept, not "limited to evidence that directly contradicts what it opposes; rather, rebuttal encompasses any evidence that the trial judge concludes fairly counters and casts doubt on the truthfulness of factual assertions advanced, whether directly or implicitly, by an adversary."

As seen in *United States v. Roberts*, 660 F.3d 149, 158 (2d Cir. 2011) the line between challenging the sufficiency of the Government's evidence and implicitly asserting new facts can be a fine one. To summarize, according to *United States v. Rosemond*, 841 F.3d 95, 107-10 (2d Cir. 2016), the following are not factual assertions sufficient to trigger the waiver provision in a proffer agreement:

- pleading not guilty, see *Barrow*, 400 F.3d at 118 ; *Krilich*, 159 F.3d at 1025 ;
- arguing generally that the Government has not met its burden of proof, see *Barrow*, 400F.3d.at.119 ;

- arguing specifically that the Government has failed to prove particular elements of the crime, such as intent, knowledge, identity, etc., see *id.* at 119;
- cross-examining a witness in a manner to suggest that he was lying or mistaken or was not reporting an event accurately, see *Oluwanisola* , 605 F.3d at 132-33 ; *Barrow* , 400 F.3d at 119 ; *Krilich* , 159 F.3d at 1025 (“Impeachment of a witness need not be 'contrary to' or 'inconsistent with' a defendant's admission of guilt in a bargaining proffer.”);
- cross-examining a police officer about discrepancies between his testimony and his earlier written report, see *Barrow* , 400 F.3d at 115, 119 ; and
- arguing that the Government failed to present corroborating evidence, see *Roberts* , 660 F.3d at 158–59.

On the other hand, the following are factual assertions that would trigger the waiver:

- asserting, in an opening statement, that someone other than the defendant was the real perpetrator of the crime, see *Barrow* , 400 F.3d at 114, 119 ;
- accusing an officer, in cross-examination, that he had fabricated a meeting with a confidential informant where defense counsel had argued mistaken identity in his opening statement, see *id.* ; see also *Oluwanisola* , 605 F.3d at 132–33 ;
- arguing that a shooting was “an intended kidnapping gone wrong,” when the defendant admitted in a proffer session that the shooting was “an intentional murder,” *Gomez* , 210 F.Supp.2d at 472 (noted with approval in *Velez* , 354 F.3d at 195–96); and
- proffering documentary evidence that implied that a cooperating witness was not present as alleged by the Government, where the evidence was offered not just to impugn the witness's credibility, but to prove a fact that contradicted the defendant's proffer statement, see *Roberts* , 660 F.3d at 163–64. (*United States v. Rosemond*, 841 F.3d 95, 107-10 . 2d Cir. 2016).

BIBLIOGRAFIC REFERENCES

AVERGUN, Jodil; **COHAN**, Douglas. *Explaining the Inexplicable: The Perks and the Perils of Proffer Sessions and Best Practises for Explaining it All to Your Client*.

Disponível em: <https://www.cadwalader.com/uploads/books/0a31f986d2926e6929e74e27c97093a8.pdf>.

Acesso em: 31 de mar. de 2022.

BURNHAM, GOROKHOV. *Understanding Proffer in Federal and White Collar Criminal Cases: frequently asked questions*. Disponível em: <<https://www.burnhamgorokhov.com/criminal-defenseresources/white-collar-crimes/understanding-proffers-in-federal-and-white-collar-criminal-cases/>> Acesso em : 05 de abr. de 2022.

GALLUZZO, Matthew J. *Federal Proffer Meetings and Agreements*. 03.03.2022. Disponível em: <<https://www.gillp.com/news/amp/federal-proffer-meetings-and-agreements/>> Acesso em : 14 de abr. de 2022.

GORIN. Dmitry. *Proffer Agreement in a Federal Criminal Case*. Disponível em <<https://www.thefederalcriminalattorneys.com/proffer-agreement-in-a-federal-criminal-case/>> Acesso em : 12 de abr. de 2022.

MARTIN, Ingrid. **DISTEFANO**, Michael. *A Survey of Federal Proffer Agreements: the shortcomings and pitfalls in the Government's Promised Protections*. The Champion.2020. Disponível em: <http://www.toddweld.com/files/documents>>. Acesso em 17.03.2022.

OBERHEIDEN P.C. Litigation, Defense, Trials & Compliance. *What is a Proffer Agreement*. 04 de abr. de 2022. Disponível em <<https://federal-lawyer.com/what-is-a-proffer-agreement/>> Acesso em: 10 de abr. de 2022.

USA.SECURITIES AND EXCHANGE COMISSION DIVISION OF ENFORCEMENT. *Enforcement Manual*. 28 de nov. de 2017. Disponível em : <<https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf>> Acesso em : 10.03.2022.

WORDPRESS. *Idiomation*. Disponível <<https://idiomation.wordpress.com/2013/06/28/queen-for-a-day/>> Acesso em : 15 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *United States v. Lyle*, 919 F.3d 716, 732-35 (2d Cir. 2019). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/united-states-v-lyle>> Acesso em: 16 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT. *United States v. Merz*, 396 F. App'x 838 (3d Cir. 2010). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/us-v-merz>> Acesso em: 17 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *United States v. Mezzanatto*, 513 U.S. 196, 200-18 (1995). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/united-states-v-mezzanatto>> Acesso em: 16 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *United States v. Rosemond*, 841 F.3d 95, 107-10 (2d Cir. 2016). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/united-states-v-rosemond>> Acesso em: 16 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *U.S. v. Velez*, 354 F.3d 190 (2d Cir. 2004). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/us-v-velez>> Acesso em: 17 de abr. de 2022.

PROFFER

**Ana Carolina Garcia Costa Cristiano Cassiolato Cláudia Augusta
Lopes de Mendonça Felipe Guimarães Amantéa**

1. INTRODUÇÃO

O sistema acusatório norte-americano admite uma série de negociações acerca da culpa. Isso ocorre não só no interesse do investigado, que pode ter sua responsabilidade criminal mitigada ou até mesmo extinta em certas circunstâncias, mas também no interesse do Estado, como responsável pela acusação: ganho de tempo na solução dos casos criminais, recuperação de ativos, obtenção de provas para casos derivados e outras vantagens que o processo tradicional não seria capaz de obter.

Contudo, até que um bom acordo seja alcançado entre o investigado e o Estado, uma série de entrevistas e revelações acontecem. É precisamente para começar esse diálogo entre o autor do crime – normalmente um alvo, mas as vezes uma testemunha ou um sujeito – e aqueles responsáveis pela acusação criminal e em um ambiente marcado pelo antagonismo, ou seja, em um lado da mesa o autor e no outro lado um ou mais agentes da lei e promotores, que um tipo de contrato acontece. De acordo com o qual o Estado oferece ao autor certas garantias e condições que, se aceitas, podem levar à comunicação de crimes cometidos e lucros obtidos com o ilícito, revelar a localização de ativos, identificar outros criminosos ou mostrar a inocência deles, se não forem culpados (nesse caso, eles podem virar testemunhas, ou não serão indiciados).

Proffer – uma palavra inglesa antiga que quer dizer oferta – significa um documento escrito, assinado por promotores, que é apresentado ao investigado em uma reunião normalmente realizada na Promotoria, ocasião em que, após ter as cláusulas discutidas, o documento é assinado pelo investigado e por seu advogado, estipulando as garantias que eles terão para revelar aos investigadores tudo que sabem sobre a atividade criminosa.

É sobre esse tema que o presente trabalho é dedicado, com uma exposição sobre o instituto, as obrigações do investigado e os benefícios decorrentes da sua colaboração, e as consequências em caso de violação do contrato.

2. O INSTITUTO

Proffer é um instituto, também conhecido como “Rainha por um dia” (1), utilizado no Direito norte-americano que, em termos gerais, se refere a uma oferta feita pelo promotor em uma reunião que acontece no curso de uma investigação

governamental e da qual o autor dos fatos participa, e também o seu defensor e o promotor, além de outros agentes envolvidos na investigação que também podem estar presentes.

Em razão de um programa de televisão dos anos 1950 que escolhia uma entre quatro histórias tristes, e a pessoa que fosse julgada como aquela com a vida mais desafiadora, conforme medidor de aplausos da audiência, era coroada rainha por um dia.

Cada distrito nos Estados Unidos tem um modelo de como o Proffer funciona, porque esse instituto é um pré-acordo informal e não é bem definido pela legislação, e esse artigo vai apresentar as regras gerais que são normalmente seguidas ao redor dos Estados Unidos.

Normalmente, há duas situações em que o acusado pode cooperar com os agentes da lei.

Primeiro, quando as provas contra o acusado são tão robustas que não podem ser refutadas.

Segundo, quando os riscos do acusado no julgamento são consideráveis e ele pode receber crédito relevante por sua cooperação, como ser indiciado por um crime menos grave ou ter redução de tempo na sua pena de prisão.

Como regra, as oportunidades de Proffer não se aplicam a crimes violentos ou a indivíduos com histórico de violência.

Antes da entrevista, o promotor, o acusado e seus advogados assinam um acordo de Proffer, limitando os termos da discussão e servindo como um guia de como o promotor pode usar as informações recebidas durante a sessão. A entrevista também é o momento em que o promotor decide se a informação fornecida pelo acusado será útil ou não.

Normalmente, há uma imunidade limitada guiando a reunião. A imunidade relativa oferecida pelo Proffer é regulada pela regra 420 das Regras Federais de Prova, de acordo com a qual:

“Declarações feitas durante qualquer discussão com um promotor que tenha atribuição para denunciar, se a discussão não resultou em uma denúncia, não serão admissíveis contra o acusado que participou da discussão.”

Depois que o contrato de Proffer é assinado, há outra etapa, que é uma entrevista formal gravada com a presença de agentes da lei, também na fase pré processual.

O acusado deve compartilhar com o Estado tudo que sabe sobre o crime e as pessoas envolvidas durante o Proffer, falando a verdade e não retendo nenhuma informação.

Um bom resumo do objetivo do Proffer está no artigo “Understanding Proffers in Federal and White Collar Criminal Cases: Frequently Asked Questions”, de acordo com o qual:

“Na maioria dos casos, Proffers são um prelúdio para a cooperação. O indivíduo está sob investigação ou foi indiciado por um crime, e quer oferecer informação para os agentes da lei em troca de algum benefício, como ter a acusação retirada ou diminuída, ou conseguir um acordo para uma sentença menor. Contudo, os agentes da lei não sabem se o indivíduo fornecerá informações verdadeiras e se as informações serão úteis. Um Proffer informal permite que o indivíduo adiante algumas informações para que os agentes da lei possam decidir se querem oferecer cooperação formal. Em outras palavras, Proffer é como um ‘teste’ para determinar se o indivíduo será admitido a cooperar com o Estado.”

Desse modo, Proffer pode ser uma oportunidade para o acusado em uma ação criminal cooperar com as investigações, ao oferecer informações que podem trazer novos elementos para o esclarecimento de fatos, sem que isso seja usado contra ele.

Depois disso, o promotor analisa se as informações são relevantes ou úteis e pode oferecer algum benefício para o indivíduo, como a retirada da acusação ou a oferta de uma pena mais leve.

A análise judicial do Proffer é limitada a identificar se o acusado pode aceitar o Proffer e se a recomendação de pena menos severa oferecida é razoável.

3. REGRAS E EXCEÇÕES

Cada Estado da Federação Americana regula o instituto do Proffer, mas no geral ele segue as seguintes exceções:

- Exceção de honestidade – O acusado deve sempre falar a verdade, e o Proffer não é uma oportunidade para culpar outros e se apresentar como um espectador inocente;
- Exceção derivada – O Estado pode perseguir todas as pistas investigativas derivadas do Proffer. Além disso, o Estado pode fazer uso derivado de qualquer declaração ao seguir pistas investigativas para outras provas, como estabelecido em “Kastigar v. The United States (1972)”. A renúncia de Kastigar associada às cartas de Proffer permitem que o Estado persiga e use essas pistas sem ter que participar de uma audiência posteriormente para justificar o uso das informações do Proffer do acusado, e os resultados;
- Exceção de impeachment – Se ocorrer qualquer inconsistência entre as declarações feitas no Proffer e aquelas feitas no depoimento judicial, o acordo de Proffer será desconsiderado.

4. BENEFÍCIOS PARA O ACUSADO

O acordo de Proffer não é uma promessa de imunidade absoluta. Mas sim um acordo entre o acusado e o Estado por um certo nível de imunidade, e o acusado que coopera pode ser elegível para uma recomendação de pena menos severa e mais favorável.

O Estado concorda em fornecer ao acusado vários benefícios em troca de receber informações verdadeiras e importantes.

Embora o acordo de Proffer não possa dar garantias concretas no que diz respeito ao resultado do caso do acusado, o Estado concorda em não usar a informação fornecida por ele, durante o Proffer, no tribunal.

Outro benefício é que o Estado concorda que caso o acusado seja eventualmente indiciado e condenado, não tentará aumentar o grau de reprovabilidade da conduta com base nas declarações feitas na sessão de Proffer.

A imunidade dada em um acordo de Proffer não é absoluta pois caso o acusado minta durante uma sessão de Proffer, ele pode ser denunciado pelo crime de falso testemunho ou sofrer um impeachment. Esse último caso ocorre quando ele

presta declarações numa sessão de Proffer e depois, durante o julgamento, traz informações diferentes.

Como mencionado no artigo “A Survey of Federal PROFFER Agreements: the shortcomings and pitfalls in the Government’s Promised Protections”, no caso “United States v. Rosemond”, o Tribunal de Justiça fez algumas pontuações importantes ao dizer que os acordos de Proffer são contratos que devem ser interpretados de acordo com os princípios que regem o Direito Civil, para dar efetividade à vontade das partes. Como resultado, não é permitido à defesa fazer nenhuma afirmação no julgamento que possa ser rebatida pelas declarações prestadas no Proffer. Conforme visto no caso “United States v. Velez”, o Estado é autorizado a inserir as declarações feitas nas negociações não só quando o acusado testemunha inconsistentemente, mas também quando a defesa apresenta outras provas ou argumentos contraditórios. 354 F.3d 190, 195 (2d Cir. 2004).

5. CONSEQUÊNCIAS NO CASO DE QUEBRA DE CONTRATO

Suponha que posteriormente é descoberto que os fatos alegados durante o Proffer são inconsistentes com informações, provas e representações recebidas de terceiros. Nesse caso, as declarações do Proffer podem ser usadas, no julgamento, contra a pessoa que fez essas declarações.

O Estado usaria essa informação do Proffer para refutar o depoimento. Nesse caso, o Estado introduzirá a informação do Proffer como prova contra o acusado no julgamento. Como visto no caso “United States v. Barrow, 400 F.3d at 121”, refutação é um conceito flexível, não “limitado a provas que diretamente contradizem aquilo a que se opõe; em vez disso, refutação compreende qualquer prova que o juiz concluir que razoavelmente contradiz ou lança dúvida sobre a veracidade das declarações prestadas, direta ou implicitamente, por um oponente.”

Como visto no caso “United States v. Roberts, 660 F.3d 149, 158 (2d Cir. 2011)”, a linha entre desafiar a suficiência das provas do Estado e implicitamente afirmar novos fatos pode ser tênue. Para resumir, de acordo com o caso “United States v. Rosemond, 841 F.3d 95, 107-10 (2d Cir. 2016)”, as seguintes declarações fáticas não são suficientes para desencadear a renúncia num acordo de Proffer:

- alegar inocência, ver “Barrow 400 F.3d at 118”; “Krilich, 159 F.3d at 1025”;

- argumentar genericamente que o Estado não se desincumbiu do seu ônus da prova, ver “Barrow 400 F.3d at 119”;
- argumentar especificamente que o Estado falhou em provar elementos particulares do crime, como intenção, conhecimento, identidade, ver “id at 119”;
- fazer um interrogatório cruzado com uma testemunha de modo a sugerir que ela estava mentindo, havia se enganado, ou não estava relatando o evento precisamente, ver “Oluwanisola, 605 F.3d at 132-33”; “Barrow 400 F.3d at 119”; “Krilich, 159 F.3d at 1025” (“Impeachment de uma testemunha não precisa ser ‘contrário a’ ou ‘inconsistente’ com a admissão de culpa do acusado em uma oferta de Proffer”);
- fazer um interrogatório cruzado com um policial sobre discrepâncias entre o seu testemunho e o relatório escrito anterior, ver “Barrow 400 F.3d at 115, 119” e;
- argumentar que o Estado falhou em apresentar provas corroborativas, ver “Roberts, 660 F.3d at 158-59”.

Por outro lado, as seguintes declarações fáticas desencadeariam a renúncia:

- afirmar, em uma declaração de abertura, que uma pessoa diversa do acusado foi a verdadeira autora do crime, ver “Barrow 400 F.3d at 114, 119”;
- acusar um agente, em um interrogatório cruzado, de ter feito uma reunião com um informante confidencial em que o conselho de defesa havia arguido identidade errada na declaração de abertura dele, ver “id”; ver também “Oluwanisola, 605 F.3d at 132-33”;
- argumentar que um tiroteio foi uma “tentativa de sequestro mal sucedida”, quando o acusado admitiu em uma sessão de Proffer que o tiroteio foi “um homicídio intencional” ver “Gomez 210 F. Supp.2d at 472 (noted with approval in Velez, 354 F.3d at 195-96)” e;
- apresentar prova documental que implique que uma testemunha cooperativa não estava presente como alegado pelo Estado, sendo que a prova foi juntada não só para impugnar a credibilidade da testemunha, mas

também para provar um fato que contradiz a declaração do acusado no Proffer, ver “Roberts, 660 F.3d at 163-64 (United States v. Rosemond, 841 F.3d 95, 107-10. 2d Cir. 2016)”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVERGUN, Jodil; **COHAN**, Douglas. *Explaining the Inexplicable: The Perks and the Perils of Proffer Sessions and Best Practises for Explaining it All to Your Client*.

Disponível em: <https://www.cadwalader.com/uploads/books/0a31f986d2926e6929e74e27c97093a8.pdf>.

Acesso em: 31 de mar. de 2022.

BURNHAM, GOROKHOV. *Understanding Proffer in Federal and White Collar Criminal Cases: frequently asked questions*. Disponível em: <<https://www.burnhamgorokhov.com/criminal-defenseresources/white-collar-crimes/understanding-proffers-in-federal-and-white-collar-criminal-cases/>> Acesso em : 05 de abr. de 2022.

GALLUZZO, Matthew J. *Federal Proffer Meetings and Agreements*. 03.03.2022. Disponível em: <<https://www.gjllp.com/news/amp/federal-proffer-meetings-and-agreements/>> Acesso em : 14 de abr. de 2022.

GORIN. Dmitry. *Proffer Agreement in a Federal Criminal Case*. Disponível em <<https://www.thefederalcriminalattorneys.com/proffer-agreement-in-a-federal-criminal-case/>> Acesso em : 12 de abr. de 2022.

MARTIN, Ingrid. **DISTEFANO**, Michael. *A Survey of Federal Proffer Agreements: the shortcomings and pitfalls in the Government's Promised Protections*. The Champion.2020. Disponível em: <http://www.toddweld.com/files/documents>>. Acesso em 17.03.2022.

OBERHEIDEN P.C. Litigation, Defense, Trials & Compliance. *What is a Proffer Agreement*. 04 de abr. de 2022. Disponível em <<https://federal-lawyer.com/what-is-a-proffer-agreement/>> Acesso em: 10 de abr. de 2022.

USA.SECURITIES AND EXCHANGE COMISSION DIVISION OF ENFORCEMENT. *Enforcement Manual*. 28 de nov. de 2017. Disponível em : <<https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf>> Acesso em : 10.03.2022.

WORDPRESS. *Idiomation*. Disponível <<https://idiomation.wordpress.com/2013/06/28/queen-for-a-day/>> Acesso em : 15 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *United States v. Lyle*, 919 F.3d 716, 732-35 (2d Cir. 2019). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/united-states-v-lyle>> Acesso em: 16 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT. *United States v. Merz*, 396 F. App'x 838 (3d Cir. 2010). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/us-v-merz>> Acesso em: 17 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *United States v. Mezzanatto*, 513 U.S. 196, 200-18 (1995). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/united-states-v-mezzanatto>> Acesso em: 16 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *United States v. Rosemond*, 841 F.3d 95, 107-10 (2d Cir. 2016). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/united-states-v-rosemond>> Acesso em: 16 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *U.S. v. Velez*, 354 F.3d 190 (2d Cir. 2004). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/us-v-velez>> Acesso em: 17 de abr. de 2022.

PROFFER

**Ana Carolina Garcia Costa Cristiano Cassiolato Cláudia Augusta
Lopes de Mendonça Felipe Guimarães Amantéa**

1. INTRODUCCIÓN

El sistema acusatorio norteamericano admite una serie de negociaciones sobre la culpabilidad. Esto ocurre no solo en interés del investigado, que puede tener su responsabilidad criminal mitigada o incluso extinguida en ciertas circunstancias, sino también en interés del Estado, como responsable de la acusación: ahorro de tiempo en la solución de los casos criminales, recuperación de activos, obtención de pruebas para casos derivados y otras ventajas que el proceso tradicional no podría obtener.

Sin embargo, hasta que no se alcance un buen acuerdo entre el investigado y el Estado, una serie de entrevistas y revelaciones suceden. Es precisamente para iniciar este diálogo entre el autor del crimen - normalmente un objetivo, pero a veces un testigo o un sujeto - y los responsables de la acusación criminal y en un ambiente marcado por el antagonismo, es decir, de un lado de la mesa el autor y del otro uno o más agentes de la ley y fiscales, que un tipo de contrato ocurre. Según el cual el cual el Estado ofrece al autor ciertas garantías y condiciones que, de ser aceptadas, pueden llevar a la comunicación de crímenes cometidos y ganancias obtenidas de lo ilícito, revelar la localización de activos, identificar a otros criminales o demostrar la inocencia de ellos, si no son culpables (en este caso, pueden convertirse en testigos o no serán acusados).

Proffer - una palabra inglesa antigua que quiere decir oferta - significa un documento escrito, firmado por fiscales, que se presenta al investigado en una reunión que normalmente se celebra en la Fiscalía, ocasión en la que, después de haber discutido las cláusulas, el documento es firmado por el investigado y por su abogado, estableciendo las garantías que tendrán para revelar a los investigadores todo lo que saben sobre la actividad criminal.

Es a este tema al que se dedica el presente trabajo, con una exposición sobre el instituto, las obligaciones del investigado y los beneficios derivados de su colaboración, y las consecuencias en caso de violación del contrato.

2. EI INSTITUTO

Proffer es un instituto, también conocido como Reina por un día "Rainha por um dia" (1), utilizado en el Derecho norteamericano que, en términos generales, se refiere a una oferta realizada por el fiscal en una reunión que tiene lugar en el curso de una investigación gubernamental en la que participa el autor de los hechos, y también su defensor y el fiscal, además de otros agentes involucrados en la investigación que también pueden estar presentes.

Debido a un programa de televisión de los años 1950 que elegía una entre cuatro historias tristes, y la persona que era juzgada como aquella con la vida más desafiante, conforme medidor de aplausos de la audiencia, era coronada reina por un día.

Cada distrito en los Estados Unidos tiene un modelo de cómo funciona el Proffer, porque este instituto es un acuerdo informal previo y no está bien definido por la legislación, y este artículo presentará las reglas generales que se siguen normalmente en los Estados Unidos.

Normalmente, hay dos situaciones en las que el acusado puede cooperar con los agentes de la ley.

Primero, cuando las pruebas contra el acusado son tan sólidas que no pueden ser refutadas.

Segundo, cuando los riesgos del acusado en el juicio son considerables y él puede recibir un crédito relevante por su cooperación, como ser acusado por un crimen menos grave o tener reducción de tiempo en su pena de prisión.

Como regla general, las oportunidades de Proffer no se aplican a crímenes violentos o a individuos con historial de violencia.

Antes de la entrevista, el fiscal, el acusado y sus abogados firman un acuerdo de Proffer, limitando los términos de la discusión y sirviendo como una guía de cómo el fiscal puede utilizar la información recibida durante la sesión. La entrevista también es el momento en que el fiscal decide si la información proporcionada por el acusado será útil o no.

Normalmente, hay una inmunidad limitada guiando la reunión. La inmunidad relativa ofrecida por Proffer está regulada por la regla 420 de las Reglas Federales de Prueba, según la cual:

"Declaraciones hechas durante cualquier discusión con un fiscal que tenga atribución para denunciar, si la discusión no resultó en una denuncia, no serán admisibles contra el acusado que participó de la discusión."

Después de que se firma el contrato de Proffer, hay otra etapa, que es una entrevista formal grabada con la presencia de agentes de la ley, también en la fase pre procesal.

El acusado debe compartir con el Estado todo lo que sabe sobre el crimen y las personas involucradas durante el Proffer, diciendo la verdad y no reteniendo ninguna información.

Un buen resumen del objetivo de Proffer está en el artículo "Understanding Proffers in Federal and White Collar Criminal Cases: Frequently Asked Questions", según el cual:

"En la mayoría de los casos, Proffers son un preludio de la cooperación. El individuo está bajo investigación o ha sido acusado de un crimen, y quiere ofrecer información a los agentes de la ley a cambio de algún beneficio, como tener la acusación retirada o disminuida, o conseguir un acuerdo para una sentencia menor. Sin embargo, los agentes de la ley no saben si el individuo proporcionará informaciones verdaderas ni si las informaciones serán útiles. Un Proffer informal permite que el individuo adelante algunas informaciones para que los agentes de la ley puedan decidir si quieren ofrecer cooperación formal. En otras palabras, Proffer es como una prueba 'teste' para determinar si el individuo será admitido a cooperar con el Estado."

De este modo, Proffer puede ser una oportunidad para que el acusado en una acción criminal coopere con las investigaciones, al ofrecer informaciones que pueden traer nuevos elementos para el esclarecimiento de los hechos, sin que esto sea usado en su contra.

Después de esto, el fiscal analiza si las informaciones son relevantes o útiles y puede ofrecer algún beneficio para el individuo, como la retirada de la acusación o la oferta de una pena menor.

El análisis judicial del Proffer se limita a identificar si el acusado puede aceptar el Proffer y si la recomendación de pena menos severa ofrecida es razonable.

3. REGLAS Y EXCEPCIONES

Cada Estado de la Federación Americana regula el instituto del Proffer, pero en general sigue las siguientes excepciones:

- Excepción de honestidad - El acusado siempre debe decir la verdad, y el Proffer no es una oportunidad para culpar a otros y presentarse como un espectador inocente;
- Excepción derivada - El Estado puede perseguir todas las pistas investigativas derivadas del Proffer. Además, el Estado puede hacer uso derivado de cualquier declaración al seguir pistas investigativas para obtener otras pruebas, como se establece en "Kastigar v. The United States (1972)". La renuncia de Kastigar asociada a las cartas de Proffer permiten que el Estado persiga y utilice estas pistas sin tener que participar en una audiencia posteriormente para justificar el uso de las informaciones del Proffer del acusado, y los resultados;
- Excepción de *impeachment* - Si se produce alguna inconsistencia entre las declaraciones hechas en el Proffer y aquellas hechas en el testimonio judicial, el acuerdo de Proffer no se tendrá en cuenta.

4. BENEFICIOS PARA EL ACUSADO

El acuerdo de Proffer no es una promesa de inmunidad absoluta. Es, más bien, un acuerdo entre el acusado y el Estado por un cierto nivel de inmunidad, y el acusado que coopera puede ser elegible para una recomendación de pena menos severa y más favorable.

El Estado acuerda proporcionar al acusado varios beneficios a cambio de recibir informaciones verdaderas e importantes.

Si bien el acuerdo de Proffer no puede ofrecer garantías concretas con respecto al resultado del caso del acusado, el Estado acepta no utilizar la información proporcionada por él, durante el Proffer, ante el tribunal.

Otro beneficio es que el Estado está de acuerdo en que, si el acusado es eventualmente acusado y condenado, no intentará aumentar el grado de reprobación de la conducta con base en las declaraciones hechas en la sesión de Proffer.

La inmunidad dada en un acuerdo de Proffer no es absoluta pues si el acusado miente durante una sesión de Proffer, puede ser denunciado por el crimen de perjurio o sufrir un *impeachment*. Este último caso ocurre cuando hace declaraciones en una sesión de Proffer y después, durante el juicio, trae informaciones diferentes.

Como se menciona en el artículo "A Survey of Federal PROFFER Agreements: the shortcomings and pitfalls in the Government's Promised Protections", en el caso "United States v. Rosemond", el Tribunal de Justicia ha hecho algunas puntuaciones importantes al decir que los acuerdos de Proffer son contratos que deben ser interpretados de acuerdo con los principios que rigen el Derecho Civil, para dar eficacia a la voluntad de las partes. Como resultado, no se le permite a la defensa hacer ninguna afirmación en el juicio que pueda ser contrarrestada por las declaraciones prestadas en el Proffer. Como se ve en el caso "United States v. Velez", el Estado está autorizado a insertar las declaraciones hechas en las negociaciones no solo cuando el acusado testifique inconsistentemente, sino también cuando la defensa presenta otras pruebas o argumentos contradictorios. 354 F.3d 190, 195 (2d Cir. 2004).

5. CONSECUENCIAS EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Supongamos que posteriormente se descubre que los hechos alegados durante el Proffer son inconsistentes con la información, pruebas y representaciones recibidas de terceros. En este caso, las declaraciones del Proffer pueden ser utilizadas en el juicio contra la persona que hizo estas declaraciones.

El Estado utilizaría esta información de Proffer para refutar el testimonio. En este caso, el Estado introducirá la información de Proffer como prueba contra el acusado en el juicio. Como se ve en el caso "United States v. Barrow, 400 F.3d at 121", la refutación es un concepto flexible, no "limitado a pruebas que directamente contradigan aquello a lo que se opone; en cambio, la refutación comprende cualquier prueba que el juez concluya que razonablemente contradice o lanza duda sobre la

veracidad de las declaraciones prestadas, directa o implícitamente, por un oponente."

Como visto en el caso "United States v. Roberts, 660 F.3d 149, 158 (2d Cir. 2011)", la línea entre desafiar la suficiencia de las pruebas del Estado e implícitamente afirmar nuevos hechos puede ser tenue. Para resumir, de acuerdo con el caso "United States v. Rosemond, 841 F.3d 95, 107-10 (2d Cir. 2016)", las siguientes declaraciones fácticas no son suficientes para desencadenar la renuncia en un acuerdo de Proffer:

- alegar inocencia, véase "Barrow 400 F.3d at 118"; "Krilich, 159 F.3d at 1025";
- argumentar genéricamente que el Estado no ha cumplido con la carga de la prueba que le corresponde, véase "Barrow 400 F.3d at 119";
- argumentar específicamente que el Estado falló en probar elementos particulares del crimen, como intención, conocimiento, identidad, véase "id at 119";
- hacer un interrogatorio cruzado con un testigo de modo a sugerir que estaba mintiendo, se había equivocado, o no estaba reportando el evento con precisión, véase "Oluwanisola, 605 F.3d at 132-33"; "Barrow 400 F.3d at 119"; "Krilich, 159 F.3d at 1025" ("*Impeachment* de un testigo no tiene que ser 'contrario/a' o 'inconsistente' con la admisión de culpa del acusado en una oferta de Proffer");
- hacer un interrogatorio cruzado con un policía sobre las discrepancias entre su testimonio y el informe escrito anteriormente, véase "Barrow 400 F.3d at 115, 119" y;
- argumentar que el Estado falló en presentar pruebas corroborativas, véase "Roberts, 660 F.3d at 158-59".

Por otro lado, las siguientes declaraciones fácticas desencadenarían la renuncia:

- afirmar, en una declaración de apertura, que una persona distinta del acusado fue la verdadera autora del crimen, véase "Barrow 400 F.3d at 114, 119";
- acusar a un agente, en un interrogatorio cruzado, de haber mantenido una reunión con un informante confidencial en la que el Consejo de

Defensa había argüido identidad errónea en su declaración de apertura, véase "id"; véase también "Oluwanisola, 605 F.3d at 132-33";

- presentar prueba documental que implique que un testigo cooperativo no estaba presente como alegado por el Estado, siendo que la prueba fue juntada no solo para impugnar la credibilidad del testigo, sino también para probar un hecho que contradice la declaración del acusado en el Proffer, véase "Roberts, 660 F.3d at 163-64 (United States v. Rosemond, 841 F.3d 95, 107-10. 2d Cir. 2016)".

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVERGUN, Jodil; **COHAN**, Douglas. *Explaining the Inexplicable: The Perks and the Perils of Proffer Sessions and Best Practises for Explaining it All to Your Client*. Disponible en: <https://www.cadwalader.com/uploads/books/0a31f986d2926e6929e74e27c97093a8.pdf>. Acceso en: 31 de mar. de 2022.

BURNHAM, GOROKHOV. *Understanding Proffer in Federal and White Collar Criminal Cases: frequently asked questions*. Disponible en: <https://www.burnhamgorokhov.com/criminal-defenseresources/white-collar-crimes/understanding-proffers-in-federal-and-white-collar-criminal-cases/> > Acceso en: 05 de abr. de 2022.

GALLUZZO, Matthew J. *Federal Proffer Meetings and Agreements*. 03.03.2022. Disponible en: <https://www.gillp.com/news/amp/federal-proffer-meetings-and-agreements/> > Acceso en: 14 de abr. de 2022.

GORIN. Dmitry. *Proffer Agreement in a Federal Criminal Case*. Disponible en <https://www.thefederalcriminalattorneys.com/proffer-agreement-in-a-federal-criminal-case/> > Acceso en : 12 de abr. de 2022.

MARTIN, Ingrid. **DISTEFANO**, Michael. *A Survey of Federal Proffer Agreements: the shortcomings and pitfalls in the Government's Promised Protections*. The Champion.2020.Disponible en: <http://www.toddweld.com/files/documents> >. Acceso en 17.03.2022.

OBERHEIDEN P.C. Litigation, Defense, Trials & Compliance. *What is a Proffer Agreement*. 04 de abr. de 2022. Disponible en <https://federal-lawyer.com/what-is-a-proffer-agreement/> > Acceso en: 10 de abr. de 2022.

USA.SECURITIES AND EXCHANGE COMISSION DIVISION OF ENFORCEMENT. *Enforcement Manual*. 28 de nov. de 2017. Disponible en : <https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf> > Acceso en : 10.03.2022.

WORDPRESS. *Idiomation*. Disponible en <https://idiomation.wordpress.com/2013/06/28/queen-for-a-day/> > Acceso en : 15 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *United States v. Lyle*, 919 F.3d 716, 732-35 (2d Cir. 2019).Casetext. Disponible en: <http://casetext.com/case/united-states-v-lyle> > Acceso en: 16 de abr.de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT. *United States v. Merz*, 396 F. App'x 838 (3d Cir. 2010). Casetext. Disponible en: <http://casetext.com/case/us-v-merz> > Acceso en: 17 de abr.de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *United States v. Mezzanatto*, 513 U.S. 196, 200-18 (1995). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/united-states-vmezzanato>> Acesso en: 16 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *United States v. Rosemond*, 841 F.3d 95, 107-10 (2d Cir. 2016). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/united-statesv-rosemond>> Acesso en: 16 de abr. de 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *U.S. v. Velez*, 354 F.3d 190 (2d Cir. 2004). Casetext. Disponível em: <<http://casetext.com/case/us-v-velez>> Acesso en: 17 de abr.de 2022.