COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

86-08-CA

JASON MORAIS

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Morais v. R., 2009 NBCA 11

CORAM:
The Honourable Justice Daigle
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Provincial Court:
July 15, 2008

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
January 20, 2009

Judgment rendered:
February 19, 2009

Counsel at hearing:

For the appellant:
Terrence P. Lenihan
Martin Siscoe

For the respondent:
Paul J. Veniot, Q.C.

JASON MORAIS

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Morais c. R., 2009 NBCA 11

CORAM :
L'honorable juge Daigle
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 15 juillet 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 20 janvier 2009

Jugement rendu :
Le 19 février 2009

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Terrence P. Lenihan
Martin Siscoe

Pour l'intimée :
Paul J. Veniot, c.r.

THE COURT

The applications to introduce fresh evidence and for leave to appeal are dismissed.

LA COUR

Rejette la demande d’autorisation de produire une nouvelle preuve ainsi que la demande d’autorisation d’appel.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] After pleading guilty to the indictable offences of having touched a person under the age of fourteen for a sexual purpose and of sexual assault upon that same person, offences that are set out respectively in ss. 151 and 271(1)(a) of the *Criminal Code*, Jason Morais was sentenced to concurrent terms of imprisonment of 19 months and fourteen days (two years less credit for pre-sentencing time spent in custody) to be followed by probation with conditions for three years. He was also subjected to orders made pursuant to ss. 109(1)(a), 487.051(2) and 490.021 of the *Criminal Code*. Mr. Morais seeks leave to appeal his sentence. He argues the terms of imprisonment are excessive. In a rather bizarre alternative argument, he argues that, if the terms of imprisonment are not reduced, they should be increased to terms of two years so that he can benefit from the parole eligibility program available to inmates of federal institutions.

[2] The offences charged were committed against a very young victim in respect of whom Mr. Morais was in a position of trust. At the sentencing hearing, the prosecutor reported that the offence under s. 151 involved mutual sexual touching and fellatio committed as an ongoing regular event over a period of several years, whereas the sexual assault charge was laid in regard to the last of these events. At the time of sentencing, Mr. Morais was a 24-year-old first offender who expressed sincere remorse, had strong family support to aid in his rehabilitation and who had put forth a treatment plan.

[3] At the outset of the hearing of the appeal, Mr. Morais asked the Court to receive new evidence. The proffered evidence essentially disputes the allegation of fellatio, as well as the frequency and mutuality of the sexual touching. Mr. Morais denies any fellatio. He admits having, over a period of three years, repeatedly sexually touched the young victim vis-à-vis whom he was in a position of trust and admits having asked the young victim to touch him back, but he claims the victim did not reciprocate.

Mr. Morais and his trial counsel claim that they had not fully realized until reading the transcript that the prosecutor had submitted the offences included mutual touching and fellatio and that the judge had considered these facts in imposing sentence.

[4] The test for admitting fresh evidence on appeal is well-known. The overriding consideration is "the interests of justice", and the applicable principles are the following, as stated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL) and repeated in *R. v. Lévesque*, [2000] 2 S.C.R. 487, [2000] S.C.J. No. 47 (QL), 2000 SCC 47, at para. 14:

> (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*.
>
> (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
>
> (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
>
> (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[5] In our view, Mr. Morais cannot meet the test set out above. In particular, we are not convinced that even if the proffered fresh evidence were to be believed, it would affect the result in the event we were to grant Mr. Morais leave to appeal the sentence. In our view, the sentence is a fit sentence even on the facts Mr. Morais puts forth.

[6] The standard of appellate review of sentences is well-known. We recently summarized it in *R. v. Guay*, [2008] N.B.J. No. 384 (QL), 2008 NBCA 72, as follows:

> It is beyond argument "that appellate courts must show great deference in reviewing decisions of trial judges where

> appeals against sentence are concerned": *R. v. L.M.*, [2008] S.C.J. No. 31 (QL), 2008 SCC 31, at para. 14. As we recently recalled in *Donovan et al. v. R.*, [2008] N.B.J. No. 343, 2008 NBCA 64, this deferential approach requires us to abstain from interfering with a sentence unless, as Drapeau C.J.N.B. stated it in *R. v. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 N.B.R. (2d) 341, [2003] N.B.J. No. 398 (QL), 2003 NBCA 75, at para. 17, "... one of the following questions is answered affirmatively: (1) Is the sentence the result of an error of law? (2) Did the sentencing judge err in principle in the exercise of his or her discretion? (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing (s. 718), as well as the principles enunciated in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*?" [para. 30]

[7] Mr. Morais has not made any compelling argument that any of the questions Chief Justice Drapeau set out in *LeBlanc* could be answered affirmatively if leave to appeal sentence were granted. In particular, we are not satisfied he has any credible argument to make in support of his contention that the terms of imprisonment were excessive. In our view, his appeal is but an attempt to have us reweigh the various aggravating and mitigating factors and to re-apply the principles of sentencing. As we stated in *Guay*, “such is not the role of the Court of Appeal” (para. 31).

[8] For these reasons, the applications to introduce fresh evidence and for leave to appeal are dismissed.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] Après s'être reconnu coupable des actes criminels de toucher à des fins d'ordre sexuel un enfant âgé de moins de quatorze ans et d'agression sexuelle sur la même personne, infractions visées à l'art. 151 et à l'al. 271(1)*a*) du *Code criminel*, Jason Morais a été condamné à des peines d'emprisonnement concurrentes de 19 mois et quatorze jours (deux ans moins la période purgée en détention présentencielle) suivies d'une période de probation de trois ans assortie de certaines conditions. Il a également été assujetti à des ordonnances rendues conformément à l'al. 109(1)*a*), au par. 487.051(2) et à l'art. 490.021 du *Code criminel*. M. Morais demande l'autorisation d'interjeter appel de sa peine. Il soutient que les périodes d'emprisonnement sont excessives. Il avance également, à titre subsidiaire, l'argument plutôt bizarre que pour le cas où ses peines d'emprisonnement ne seraient pas réduites, qu'elles devraient être portées à deux ans afin qu'il puisse bénéficier du programme d'admissibilité à la libération conditionnelle offert aux détenus des établissements fédéraux.

[2] Les infractions en question ont été commises contre une très jeune victime à l'égard de laquelle M. Morais se trouvait en situation de confiance. À l'audience sur la détermination de la peine, le poursuivant a fait savoir que l'infraction à l'art. 151 comprenait des actes d'attouchement sexuel mutuel et de fellation commis de façon régulière pendant une période de plusieurs années alors que l'accusation d'agression sexuelle a été portée par rapport au dernier de ces événements. Au moment où il a reçu sa peine, M. Morais était un délinquant primaire âgé de 24 ans qui a exprimé des remords sincères, qui bénéficie du solide soutien de sa famille pour ce qui est de sa réadaptation et qui a présenté un plan de traitement.

[3] Au début de l'audience de l'appel, M. Morais a demandé à la Cour la permission d'y présenter de nouvelles preuves. La preuve présentée conteste essentiellement l'allégation de fellation ainsi que la fréquence et la réciprocité des

attouchements sexuels. M. Morais nie toute fellation. Il admet avoir, sur une période de trois ans, touché, à plusieurs reprises et à des fins sexuelles, la jeune victime à l'égard de laquelle il se trouvait en situation de confiance et avoir demandé à la jeune victime de le toucher en retour mais il prétend qu'elle ne l'a pas fait. M. Morais et son avocat au procès déclarent ne pas avoir constaté avant de lire la transcription que le poursuivant avait dit que les infractions comprenaient des attouchements mutuels et la fellation et que le juge avait considéré ces faits lorsqu'il a infligé la peine.

[4] Le critère régissant l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel est bien connu. La considération prépondérante doit être « l'intérêt de la justice » et les principes applicables sont les suivants, établis dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL), et repris dans l'arrêt *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, [2000] A.C.S. n° 47 (QL), 2000 CSC 47 :

> (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : voir *McMartin c. La Reine*.
>
> (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
>
> (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
>
> (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [par. 14]

[5] À notre avis, M. Morais ne peut satisfaire au critère énoncé ci-dessus. Plus précisément, nous ne sommes pas convaincus que même si on ajoutait foi aux nouveaux éléments de preuve offerts, cela influerait sur le résultat dans le cas où nous accorderions

l'autorisation d'appel de la peine à M. Morais. Nous sommes d'avis que la peine est juste et appropriée, même compte tenu des faits avancés par M. Morais.

[6] La norme de contrôle en appel de la peine est bien connue. Nous l'avons récemment résumée comme suit dans l'arrêt *R. c. Guay*, [2008] A.N.-B. n° 384 (QL), 2008 NBCA 72 :

> Il est indubitable que « les tribunaux d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue dans l'examen des décisions des juges de première instance à l'occasion d'un appel de la sentence » : *R. c. L.M.*, [2008] A.C.S. n° 31 (QL), 2008 C.S.C. 31, au par. 14. Comme nous l'avons rappelé récemment dans l'arrêt *Donovan c. R.*, 2008 NBCA 64, cette démarche axée sur la retenue nous oblige à nous abstenir de modifier une peine à moins que, comme l'a énoncé le juge en chef Drapeau dans *R. c. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 R.N.-B. (2e) 341, [2003] A.C.S. n° 398 (QL), 2003 NBCA 75, au par. 17, « l'on ne réponde par l'affirmative à au moins une des questions suivantes : (1) La peine est-elle le résultat d'une erreur de droit? (2) Le juge qui a déterminé la peine a-t-il commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? (3) La peine est-elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine (art. 718) ainsi que des principes énoncés aux articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*? » [par. 30]

[7] M. Morais n'a avancé aucun argument convaincant nous permettant de répondre par l'affirmative à l'une des questions énoncées par le juge en chef Drapeau dans l'arrêt *LeBlanc* dans le cas où la demande d'interjeter appel de la peine serait accueillie. Tout particulièrement, nous ne sommes pas convaincus qu'il a un argument crédible à faire pour appuyer sa prétention que les peines d'emprisonnement sont excessives. À notre avis, son appel n'est qu'une tentative pour nous faire pondérer à nouveau les facteurs aggravants et les facteurs atténuants et appliquer à nouveau les principes de la détermination de la peine. Comme nous l'avons indiqué dans l'arrêt *Guay*, « [c]e n'est toutefois pas là le rôle de la Cour d'appel » (par. 31).

[8] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d’avis de rejeter la demande d’autorisation de présenter une nouvelle preuve ainsi que la demande d’autorisation d’appel.