

Também é chamada de hipotética ou virtual.

Esta penalidade não é comum e também não é tão bem aceita. Trata-se de uma derivação da prescrição retroativa, e parte da doutrina vem aceitando sua classificação. Vejamos o posicionamento de Gonçalves (2005, p. 195).

Suponha-se que uma pessoa tenha sido indiciada em inquérito policial por crime de periclitacão da vida (art. 132), cuja pena de detenção é de 3 meses a 1 ano. Assim, o crime prescreve, pela pena em abstrato, em 4 anos. O promotor de justiça, entretanto, ao receber o inquérito policial, 3 anos após a consumação do crime, percebe que o acusado é primário e que o crime não se revestiu de especial gravidade, de forma que o juiz ao prolatar a sentença, certamente não aplicará a pena máxima de 1 ano. Dessa forma, considerando que a pena fixada na sentença será inferior a 1 ano, será inevitável, em caso a prescrição retroativa, pois, pela pena aplicada, a prescrição teria ocorrido após 2 anos.

Este tipo de prescrição diz respeito à possibilidade de **reconhecimento da prescrição por antecipação**. Sendo assim, a qualquer tempo durante o processo, a parte ou o juiz pode estimar qual o máximo que a pena em concreto poderá atingir, considerando todas as agravantes e variações previstas no ordenamento dado o caso concreto. Em razão desta estimativa, se for possível concluir que, quando a sentença for proferida, a prescrição já terá se consumado, é possível reconhecê-la antecipadamente.

O reconhecimento antecipado da prescrição, neste caso, seria possível sob o argumento de que o desenvolvimento do processo penal e seus decorrentes custos seria desnecessário e inútil, ensejando justa causa para ação penal, o que é uma **condição da ação**.

Todavia, é necessário que se observe o teor da Súmula 438 do STJ:

É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

O principal argumento em que se embasa esta súmula é que o reconhecimento da prescrição hipotética estaria incorrendo em uma **presunção de culpa**, ferindo a presunção de inocência. Porém, se pararmos para pensar, este argumento não se demonstra muito válido, pois a aplicação da prescrição hipotética é um benefício ao acusado.